

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI "FEDERICO II"
SCUOLA DI ALTA FORMAZIONE NELLE SCIENZE UMANE E SOCIALI**

DOTTORATO DI RICERCA IN "DIRITTO ED ECONOMIA" – XX CICLO

TESI

IN

DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE

**SISTEMA COMMERCIALE MULTILATERALE E TUTELA DEGLI
INTERESSI FACENTI CAPO A SOGGETTI NON STATALI**

**Coordinatore
Ch.mo Prof.
Sandro Staiano**

**Tutor
Ch.mo Prof.
Massimo Iovane**

**Candidato
Dott. Giovanbattista Greco**

Anno Accademico 2008/2009

INDICE

PREMESSA.....pag. 6

PARTE PRIMA

INDIVIDUI, DIRITTO INTERNAZIONALE E SISTEMA MULTILATERALE DEGLI SCAMBI

CAPITOLO I

LA POSIZIONE GIURIDICA DELL'INDIVIDUO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

I.1 Cenni alla genesi dell'idea del diritto internazionale come mera disciplina delle relazioni interstatali.....	10
I.2 I rapporti tra individuo e diritto internazionale nella prassi giurisprudenziale interna ed internazionale anteriore alla Seconda Guerra Mondiale.....	11
I.3 Lo sviluppo del diritto penale internazionale e della tutela dei diritti umani nel secondo dopoguerra.	12
I.4 Individui e meccanismi di tutela degli investimenti internazionali.....	15
I.5 Lo status dell'individuo nella comunità internazionale odierna: una "soggettività <i>sui generis</i> ".....	16

CAPITOLO II

DISCIPLINA DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE ED EFFETTI SULLA SFERA

GIURIDICA INDIVIDUALE

II.1 Struttura e funzioni dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Cenni alle discipline rilevanti.....	18
II.2 Il sistema di risoluzione delle controversie amministrato presso l'OMC.....	21
II.3 L'incidenza della disciplina degli scambi internazionali sulla sfera giuridica individuale e i problemi di tutela connessi.....	24

PARTE SECONDA

TUTELA DEGLI INTERESSI COMMERCIALI PRIVATI NEI SETTORI DI COMPETENZA DELL'OMC: GLI STRUMENTI E LE PRASSI ATTUALI

CAPITOLO III

L'EFFICACIA DIRETTA DEL DIRITTO OMC NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO

III.1. Introduzione. Presupposti per l'efficacia diretta degli accordi internazionali nel diritto comunitario.....	29
III.2. L'esclusione dell'efficacia diretta del GATT nel caso <i>International Fruit Company</i>	33
III.3 Il caso <i>Portogallo c. Consiglio</i>	36
III.4 Brevi considerazioni sui motivi di esclusione dell'efficacia diretta del diritto OMC.....	39
III.4.a (<i>Segue</i>) La reciprocità.....	39
III.4.b (<i>Segue</i>) La flessibilità della struttura delle obbligazioni derivanti dalla partecipazione all'OMC.....	42
III.4.c (<i>Segue</i>) Il presunto carattere "power oriented" delle procedure contenziose.....	43
III.4.d. (<i>Segue</i>) il contenuto dei provvedimenti di esecuzione del trattato istitutivo dell'OMC emanati a livello comunitario.....	50
III.5 Le "eccezioni" <i>Fediol</i> e <i>Nakajima</i>	50
III.6 Ripercussioni sull'efficacia diretta del diritto OMC delle decisioni del <i>Dispute Settlement Body</i>	59
III.7 Diritto OMC e giudizi sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità da "atto lecito".....	69
III.8 L'obbligo di interpretare il diritto comunitario in conformità alle disposizioni del sistema commerciale multilaterale: fondamento e limiti.....	72
III.9 Osservazioni sulla giurisprudenza esaminata.....	77

CAPITOLO IV

LA TUTELA DEGLI INTERESSI PRIVATI ATTRAVERSO LA PROTEZIONE

DIPLOMATICA

IV.1 Introduzione.....	79
IV.2 Caratteri generali della protezione diplomatica e sua applicazione alle persone fisiche.....	80
IV.3 La protezione diplomatica delle persone giuridiche.....	89
IV.4 I problemi connessi alla tutela internazionale delle imprese multinazionali.....	93
IV.5 Il presupposto del previo esaurimento dei ricorsi interni.....	98
IV.6. L'irrelevanza delle c.d. <i>clean hands</i>	105
IV.7 La disciplina comunitaria del <i>Trade Barriers Regulation</i>	107
IV.7.a I problemi applicativi di maggior rilievo sollevati dal TBR.....	109
IV.7.b La nozione di “interesse comunitario” come presupposto per l'adozione di misure di contrasto agli ostacoli agli scambi.....	111
IV.7.c Il controllo giurisdizionale sui provvedimenti adottati ai sensi dello strumento di politica commerciale.....	114
IV.7.d TBR e richiesta informale di protezione diplomatica alle istituzioni comunitarie.....	115
IV.8 Riflessioni conclusive sull'attualità dell'istituto della protezione diplomatica.....	118

CAPITOLO V

GLI *AMICI CURIAE* NEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE

AMMINISTRATO PRESSO L'OMC

V.1 Brevi cenni sull'istituto degli <i>amici curiae</i>	128
V.2 La disciplina dedicata dall'Intesa alla partecipazione di soggetti terzi rispetto alle parti in lite.....	130
V.3 Le argomentazioni della dottrina a sostegno dell'esclusione degli <i>amici curiae</i> dalle procedure della DSU.....	132
V.4 Il fondamento giuridico della partecipazione degli <i>amici curiae</i> alle procedure celebrate dinanzi al <i>panel</i> come ricostruito nel caso <i>United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i>	134

V.5 <i>Amici curiae</i> e fase di appello.....	136
V.6 La regolamentazione dell'accesso degli "amici della corte" ai meccanismi di soluzione delle controversie.....	139
V.7 Sulla compatibilità del ruolo svolto dagli <i>amici curiae</i> con le regole e principi cui la procedura contenziosa si conforma.....	143

CAPITOLO VI

IL "PRIVATE COUNSELING" DINANZI AGLI ORGANI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC

VI.1 Introduzione. L'assenza di una disciplina del "private counseling" nella DSU.....	149
VI.2 La "sovereign equality" e il diritto per ciascuno Stato di definire liberamente la composizione delle proprie delegazioni.....	150
VI.3 L'ammissione del "private counseling" nelle decisioni dell' <i>Appellate Body</i> e del <i>panel</i>	152
VI.4 Il problema dei doveri connessi all'esercizio di funzioni di assistenza alle delegazioni nazionali.....	155
VI.5 Il codice di condotta dell' <i>American Bar Association</i>	158

PARTE TERZA

OPENING THE DOORS : UN LOCUS STANDI PER I SOGGETTI NON STATALI NELLE PROCEDURE DISCIPLINATE DALLA DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING

CAPITOLO VII

L'ATTRIBUZIONE AI SOGGETTI NON STATALI DELLA LEGITTIMAZIONE AD ATTIVARE AUTONOMAMENTE LE PROCEDURE PREVISTE DALL'INTESA:

RIFLESSIONI IN PROSPETTIVA

VII.1 Limiti della tutela degli interessi commerciali effettuata con ricorso agli strumenti attualmente disponibili.....	161
VII.2 Partecipazione dei soggetti non statali alle procedure disciplinate dall'Intesa quale risposta al loro deficit democratico e di trasparenza.....	163

VII.3 Costi e controindicazioni dell'attribuzione ai privati di un autonomo <i>locus standi</i> nelle procedure contenziose OMC.....	166
VII.4 Le indicazioni desumibili dalla disciplina dell'accesso di soggetti non statali ad altre istanze internazionali.....	168
VII.5 Soggetti non statali e attivazione dei meccanismi della <i>Dispute Settlement Understanding</i> : i margini per il riconoscimento di una legittimazione.....	173
BIBLIOGRAFIA	175

PREMESSA

L'opinione secondo la quale il diritto internazionale debba identificarsi con l'insieme delle fonti giuridiche atte a regolare le relazioni intercorrenti tra Stati sovrani è da qualche tempo oggetto di attenta revisione a causa della mutata posizione degli individui sulla scena internazionale. Da semplici sudditi delle proprie autorità di governo, quali un tempo erano considerati dalla scienza internazionalistica, essi vengono attualmente riconosciuti con sempre maggiore frequenza come esclusivi titolari degli interessi tutelati dalle norme internazionali.

Ciò risulta particolarmente evidente nel fenomeno di codificazione di quel *corpus* di situazioni soggettive inerenti l'individuo conosciute sotto il nome di diritti dell'uomo, avviatosi dopo la conclusione del Secondo conflitto mondiale e da allora al centro di una sterminata produzione giurisprudenziale e dottrinale.

L'incidenza sulla sfera individuale delle norme internazionali va tuttavia ben oltre tale unico settore, risultando particolarmente estesa e articolata.

Un esempio in tal senso viene dal diritto del commercio internazionale, dove le concessioni commerciali che gli Stati si accordano convenzionalmente spiegano conseguenze evidenti in ambiti quali la salute umana, l'ambiente e la stessa conduzione di attività imprenditoriali da parte del singolo¹.

¹ «What has, however, become evident is, first of all, that the importance of states is shrinking considerably in the era of globalization. States used to be the overall dominating actors since the inception of the modern international system and consequently the foremost and leading subjects of international law. In the era of globalization many transaction of transboundary character are designed to bypass the state. This is evident in the economic field and in the field

Allo stato attuale, però, il livello di sviluppo dei vari ambiti di disciplina non è tuttavia omogeneo.

Se infatti nel campo dei diritti umani il numero delle istanze internazionali di fronte alle quali il privato può invocare tutela risulta particolarmente nutrito, la situazione relativa al settore degli scambi internazionali si presenta più complessa e travagliata. Il sistema commerciale multilaterale, come è noto, attribuisce esclusivamente agli Stati il diritto di fare ricorso alle procedure di risoluzione delle controversie amministrative presso di esso.

Questo nostro lavoro si pone pertanto l'obiettivo di indagare l'effettiva disponibilità di meccanismi di tutela a presidio degli interessi di cui i soggetti privati sono portatori nei settori che risentono dell'applicazione degli accordi conclusi nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

E' nostra intenzione effettuare una ricognizione critica dell'eterogenea gamma di soluzioni a disposizione in quest'ambito, al fine di evidenziarne pregi e limiti e, su queste basi, verificare la necessità di una riforma delle discipline internazionali rilevanti.

La nostra ricerca sarà condotta in una prospettiva tanto *de jure condito* quanto, sia pure in misura minore, *de jure condendo*, offrendo una chiave di lettura marcatamente "comunitaria" delle problematiche che si andranno ad approfondire, data la partecipazione del nostro Paese al processo di integrazione politica ed economica in atto nel Vecchio Continente.

of telecommunications. Other areas of global concern like the preservation of the environment, do indeed exceed the capacity of the single state as well» (S. HOBE, *Individuals and Groups as Global Actors: The Denationalization of International Transactions*, in R. HOFFMAN (ED.), N. GEISSLER (ASSISTANT ED.), *Non-State Actors as new Subjects of International Law*, Berlin, 1998, pag. 130).

Dopo un'introduzione diretta a mettere in luce la posizione dell'individuo nel diritto internazionale nonché l'incidenza esercitata sulla sfera giuridica individuale dalla disciplina degli scambi internazionali (PARTE PRIMA), procederemo ad esaminare separatamente l'efficacia diretta del diritto OMC nell'ordinamento comunitario, la protezione diplomatica, l'intervento in qualità di *amicus curiae* dinanzi agli organi della DSU ed il fenomeno del *private counseling* quali forme di reazione al mancato riconoscimento di un *locus standi* per i privati nelle procedure di risoluzione delle controversie amministrative presso l'OMC (PARTE SECONDA).

Formuleremo quindi qualche riflessione conclusiva sulla necessità di attribuire ai soggetti non statali un'autonoma legittimazione ad agire e sui i margini entro cui ciò potrebbe opportunamente avvenire (PARTE TERZA).

PARTE PRIMA

INDIVIDUI, DIRITTO INTERNAZIONALE E SISTEMA

MULTILATERALE DEGLI SCAMBI

CAPITOLO I

LA POSIZIONE GIURIDICA DELL'INDIVIDUO NEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Sommario: **I.1** Cenni alla genesi dell'idea del diritto internazionale come mera disciplina delle relazioni interstatali. - **I.2** I rapporti tra individuo e diritto internazionale nella prassi giurisprudenziale interna ed internazionale anteriore alla Seconda Guerra Mondiale. - **I.3** Lo sviluppo del diritto penale internazionale e della tutela dei diritti umani nel secondo dopoguerra. - **I.4** Individui e meccanismi di tutela degli investimenti internazionali. - **I.5** Lo status dell'individuo nella comunità internazionale odierna: una "soggettività *sui generis*".

I.1 L'idea di una perfetta corrispondenza del diritto internazionale con l'insieme delle norme destinate a regolare le relazioni intercorrenti tra Stati sovrani è particolarmente risalente.

Essa deve una delle sue primissime formulazioni a Jeremy Bentham che, verso la fine del Settecento, nell'opera *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, proponeva una classificazione delle norme giuridiche sulla base dei loro destinatari e riservava all'"international law" la regolazione esclusiva delle «mutual transactions between sovereigns as such»².

L'impostazione benthamiana ha influenzato significativamente la dottrina positivista quando questa ha elaborato la distinzione tra "diritto internazionale pubblico" e "diritto internazionale privato". La teorizzazione di due sistemi di norme, l'uno destinato all'osservanza da parte degli Stati, l'altro indirizzato agli individui, ha spiegato un peso determinante nell'escludere la

² J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1790, pag. 293 e ss.

possibilità che proprio questi ultimi potessero validamente costituire soggetti di diritto internazionale³.

I.2 La prassi giurisprudenziale interna ed internazionale non sembra tuttavia essersi mai completamente uniformata all'opinione secondo cui esisterebbe una completa estraneità degli individui ai precetti contenuti nelle norme di diritto internazionale.

Proprio al tempo in cui lo stesso Bentham elaborava la sua riflessione, una corte statunitense nel caso *Respublica v. De Longchamps*⁴ concludeva che il comportamento di un individuo accusato dell'assalto al Consolato Generale francese negli Stati Uniti dovesse essere valutato alla stregua della "law of nations".

Sempre negli Stati Uniti, diversi anni più tardi, la Corte Suprema, nell'affare *The Paquete Habana*⁵, si trovava a dichiarare illegittima la confisca da parte dello Stato come bottino di guerra di alcune imbarcazioni da pesca cubane avvenuta durante il conflitto contro la Spagna. Ciò sul presupposto che, secondo un uso risalente praticato dalle nazioni civilizzate, questo genere di natanti fosse sottratto dall'applicazione di provvedimenti del tipo contestato.

Quanto alla giurisprudenza internazionale, si ritiene che questa abbia formalmente preso consapevolezza che gli individui potessero derivare benefici, sia pure indiretti, dagli accordi sottoscritti dagli Stati in occasione del parere formulato dalla Corte Permanente di Giustizia Internazionale nell'affare

³ In questo senso v. T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 4th ed., 1910, pag. 1; G. HACKWORTH, *Digest of International Law*, 1940, pag. 1; T. E. HOLLAND, *Lectures on International law*, 1933, pag. 53.

⁴ 1 U.S. 111 (1784)

⁵ 175 U.S. 677 (1900)

*Jurisdiction of the Courts of Danzig (Status of the Railway Workers in the Free City of Danzig)*⁶.

La controversia riguardava la competenza delle corti della città di Danzica a decidere i ricorsi promossi da alcuni lavoratori che erano passati al servizio delle ferrovie polacche a seguito del *Danzig-Polish Agreement* del 22 ottobre 1921 e il cui rapporto di lavoro era stato separatamente disciplinato da un accordo conosciuto come *Beamtenabkommen*.

Nell'occasione i giudici internazionali rilevavano che «It may be readily admitted that, according to a well established principle of international law, the *Beamtenabkommen*, being an international agreement, cannot as such, create direct rights and obligations for private individuals. But it cannot be disputed that the very object of an international agreement, according to the intention of the contracting Parties, may be the adoption by the Parties of some definite rules creating individual rights and obligations and enforceable by the national courts [...]. The fact that the various were put in the form of an *Abkommen* is corroborative, but not conclusive evidence as to the character and legal effects of the instrument [...]. The wording and general tenor of the *Beamtenabkommen* show that its provisions are directly applicable as between the officials and the Administration»⁷.

I.3 Il secondo dopoguerra ha fornito indicazioni ancor più evidenti sui limiti della concezione del diritto internazionale elaborata dai positivisti.

La criminalizzazione internazionale di condotte individuali ha costituito il presupposto dell'istituzione dei Tribunali di Norimberga e Tokio, destinati a

⁶ *PCIJ*, ser. B, N. 15, 1928

⁷ *Jurisdiction of the Courts of Danzig (Status of the Railway Workers in the Free City of Danzig)* case, cit., pag.

giudicare le atrocità commesse durante il conflitto dai combattenti dell'Asse in Europa e nel Sud-Est asiatico⁸.

L'affermarsi di una sensibilità verso la persecuzione dei comportamenti pregiudizievoli della pace e sicurezza internazionale ha giustificato, in tempi recenti, l'istituzione dei Tribunali per la punizione dei crimini commessi nella ex Jugoslavia ed in Ruanda nonché della Corte Penale Internazionale.

Al contempo, gli Stati hanno posto le basi per garantire la protezione generalizzata di talune situazioni soggettive di importanza primaria quali la vita, la sicurezza personale, la libertà di coscienza e di religione e quella di espressione.

In materia, la Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite nel 1948, ha costituito il primo vero catalogo di diritti universali e positivi.

⁸ La *Charter of the International Military Tribunal at Nuremberg* prevedeva espressamente all'art. 6: «The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility:

(a) **CRIMES AGAINST PEACE:** namely, planning, preparation, initiation or waging of a war of aggression, or a war in violation of international treaties, agreements or assurances, or participation in a common plan or conspiracy for the accomplishment of any of the foregoing;

(b) **WAR CRIMES:** namely, violations of the laws or customs of war. Such violations shall include, but not be limited to, murder, ill-treatment or deportation to slave labor or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory, murder or ill-treatment of prisoners of war or persons on the seas, killing of hostages, plunder of public or private property, wanton destruction of cities, towns or villages, or devastation not justified by military necessity;

(c) **CRIMES AGAINST HUMANITY:** namely, murder, extermination, enslavement, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated». Una previsione di tenore analogo era contenuta all'art. 5 della *Charter of the International Military Tribunal for the Far East*.

Sempre all'iniziativa dell'ONU si deve la stesura del *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici* e del *Patto internazionale relativo ai diritti economici, sociali e culturali*.

Il primo di questi accordi internazionali si segnala per un'articolata procedura di controllo della sua attuazione. In essa un ruolo centrale è attribuito al Comitato dei diritti dell'uomo, organo collegiale composto da 18 membri⁹. Tra le funzioni esercitate dal Comitato vi è quella di studiare i rapporti periodici relativi alle misure adottate dagli Stati per rendere effettivi i diritti riconosciuti nel Patto¹⁰. L'organo è inoltre competente a prendere in esame le denunce di violazione dei diritti elencati nel trattato che una parte contraente promuova nei confronti di un'altra¹¹. E' infine abilitato a ricevere analoghe comunicazioni dagli individui quando siano indirizzate contro uno Stato membro del Patto e che abbia aderito ad un apposito Protocollo facoltativo¹².

Diversi sono stati pure i trattati conclusi su base regionale per garantire la protezione dei diritti umani.

Tra questi, un ruolo preminente è senza dubbio ricoperto dalla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*.

Unitamente ai suoi quattro protocolli attualmente in vigore, questo accordo internazionale contiene un catalogo particolarmente avanzato di diritti di cui gli Stati si sono impegnati a garantire il rispetto entro le proprie giurisdizioni. Esso istituisce «in maniera permanente» la Corte europea dei diritti dell'uomo con

⁹ *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, art. 28

¹⁰ *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, art. 40

¹¹ *Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, art. 41

¹² *Protocollo facoltativo al Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici*, art. 1

funzione di «assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle Alte Parti contraenti dalla [...] Convenzione e dai suoi protocolli»¹³

La tutela dei diritti umani presso altre realtà continentali ha trovato nella *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* una valida fonte di ispirazione.

I.4 Non meno rilevante è la previsione da parte del diritto internazionale di strumenti di ricorso individuale nel campo delle relazioni economiche.

Un esempio ci proviene dall'*International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*, istituito a seguito della *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* entrata in vigore nel 1966.

Il Centro fornisce la possibilità ai soggetti che abbiano effettuato investimenti internazionali di richiedere l'istituzione di un collegio arbitrale per la soluzione delle controversie che li oppongano allo Stato ospite, purchè questo diritto sia stato espressamente convenuto dalle parti¹⁴. Il sistema di tutela accessibile in questi casi è tendenzialmente *self-contained* ed indipendente dalle giurisdizioni nazionali, alle quali è sottratta qualunque competenza sulla questione una volta che questa sia stata deferita all'ICSID.

Sempre nello stesso ambito, il Capitolo XI del *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* stabilisce standard di trattamento degli investimenti

¹³ *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, art. 19

¹⁴ «The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre» (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, art. 25).

internazionali ispirati alla reciprocità e non discriminazione e consente agli investitori che abbiano la nazionalità di una Parte contraente di chiedere lo svolgimento di un arbitrato ogniqualvolta ritengano di aver ricevuto un pregiudizio a seguito violazione effettuata da un'altra Parte contraente degli standard di trattamento previsti dalla norma¹⁵.

I.5 L'ordinamento internazionale, nella sua configurazione attuale, si fa dunque carico di riconoscere agli individui una serie di diritti azionabili presso istanze *ad hoc*, siano essi connaturati alla natura umana o all'esercizio di attività economiche. Nel contempo, impone loro l'osservanza di obblighi di comportamento sotto minaccia di sanzione.

A mente di questi rilievi, non pare possa continuarsi a negarne lo *status* di soggetti di diritto internazionale.

La posizione che gli individui vengono a ricoprire nella comunità internazionale risulta però *sui generis* in ragione del carattere limitato e derivato della loro soggettività.

La persona umana è infatti destinataria solo di alcune norme di diritto internazionale, con esclusione di altre, quali quelle, ad esempio, sulla capacità di ratificare trattati internazionali, di nominare ambasciatori o di attribuire la nazionalità.

¹⁵ «1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation under: a. Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or b. Article 1502(3) (a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

2. An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage» (*North American Free Trade Agreement, Chapter XI, art. 1116*)

La stessa personalità giuridica conferita agli individui deve la sua esistenza ad una conforme volontà degli Stati, gli unici enti che, quali membri originari della comunità internazionale, si vedono attribuito il potere di riconoscere tale *status* a soggetti che ne sono originariamente privi¹⁶.

Le riferite peculiarità comportano che obblighi di cui gli individui sono destinatari rilevano nei confronti di tutti i membri della comunità internazionale mentre il diritto di accedere a strumenti di tutela loro riconosciuto sconta limiti con riferimento sia al novero degli soggetti contro cui può proporsi l'azione sia alle categorie di interessi tutelabili¹⁷.

¹⁶ I medesimi connotati caratterizzerebbero la soggettività giuridica internazionale di altri enti di natura privata, quali le società commerciali, stando a quanto sostenuto da P. DUMBERRY, *L'entreprise sujet de droit international?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, 1, pagg. 104 e ss.

¹⁷ Cfr. A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2006, pag. 189.

CAPITOLO II

DISCIPLINA DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE ED EFFETTI SULLA SFERA GIURIDICA INDIVIDUALE

Sommario: **II.1** Struttura e funzioni dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Cenni alle discipline rilevanti. - **II.2** Il sistema di risoluzione delle controversie amministrato presso l'OMC. - **II.3** L'incidenza della disciplina degli scambi internazionali sulla sfera giuridica individuale e i problemi di tutela connessi.

II.1 Una delle conseguenze principali del carattere *sui generis* connotato alla soggettività internazionale dell'individuo consiste nello scarto tra il bisogno di tutela di cui questi è portatore quando agisce singolarmente o in forma associata per la promozione dei propri interessi e gli strumenti di ricorso effettivamente disponibili.

Il sistema commerciale multilaterale rappresenta uno degli ambiti in cui questa criticità assume maggiore rilievo. Un veloce riferimento alla sua struttura e al contenuto delle sue discipline renderà maggiormente agevole l'approfondimento della questione.

La regolamentazione degli scambi internazionali a livello universale è riservata alla competenza dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, istituita a far data dal 1 gennaio 1995 e partecipata dall'Italia in virtù della ratifica dell'accordo costitutivo avvenuta con la Legge 29 dicembre 1994 n. 747¹⁸. Essa funge «da quadro istituzionale comune per la gestione delle relazioni commerciali tra i suoi Membri»¹⁹ ed in tale veste cura l'attuazione e

¹⁸ In *Gazzetta Ufficiale*, 10-1-1995, n. 7 s.o.

¹⁹ L'espressione è ripresa dall'art. II dell'*Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*.

l'amministrazione di numerosi accordi nonché la tutela dei diritti ed obblighi da essi derivanti agli Stati.

L'OMC è espressamente dotata di personalità giuridica internazionale e presenta una struttura organizzativa particolarmente complessa. Al vertice di essa si trova una Conferenza ministeriale, organo a competenza generale composto dai rappresentanti di tutti i membri, convocato di norma ogni due anni. Nel periodo intercorrente tra una convocazione e l'altra le funzioni della Conferenza sono esercitate da un Consiglio generale. Consigli di settore supervisionano l'applicazione delle discipline relative allo scambio di beni, di servizi e alla tutela della proprietà intellettuale mentre organi sussidiari *ad hoc* possono essere istituiti per lo svolgimento di funzioni determinate, quali quelle connesse, ad esempio, all'ingresso di nuovi membri. E' previsto infine un Segretariato con a capo un Direttore Generale.

Gli organi collegiali deliberano secondo la pratica del *consensus* ovvero, in caso di disaccordo, a maggioranza semplice, ogni Paese membro disponendo di un voto.

L'accordo istitutivo dell'OMC rappresenta solo il primo ed il più importante di quelli scaturiti dal *round* negoziale. Il testo originario del GATT, sottoposto ad opportune modifiche, ne è diventato il primo allegato. Ad esso sono stati affiancati il General Agreement on (GATS) e il (TRIPS), il primo dedicato alla disciplina specifica degli scambi di servizi, il secondo a quella dei diritti di proprietà intellettuale. Le discipline riportate costituiscono parte integrale dell'Accordo sull'OMC e sono vincolanti per tutti gli Stati che intendono aderire all'Organizzazione.

I principi cui si uniforma la liberalizzazione degli scambi che l'Organizzazione Mondiale del Commercio persegue sono, in particolare, quello di non discriminazione e reciprocità.

Le discipline rilevanti non ricevono tuttavia un'applicazione rigida, potendo essere derogate in presenza delle particolari circostanze descritte nelle c.d. "clausole di deroga e di salvaguardia".

Ai sensi di tali disposizioni, la scarsità all'interno di uno Stato di prodotti alimentari o comunque indispensabili, esigenze di riequilibrio della bilancia dei pagamenti nonché il pericolo di grave pregiudizio alle produzioni nazionali possono costituire causa di sospensione dell'adempimento degli obblighi connessi alla partecipazione al sistema commerciale multilaterale.

Un ulteriore elemento di flessibilità del sistema è costituito dalla sensibilità verso i problemi dello sviluppo economico ai problemi dello sviluppo, regolati sulla base di tre orientamenti generali: a) la tendenziale ed estesa subordinazione di principio di Tutti i Paesi, compresi quelli in via di sviluppo, alle regole contenute negli accordi entrati in vigore alla fine dell' *Uruguay Round*; b) la necessità di differenziare tra loro i Paesi in via di sviluppo, e di prevedere regimi preferenziali speciali con riguardo ai Paesi meno avanzati [...]; c) l'opportunità di articolare e differenziare il contenuto di tali regimi (che prevedono, soprattutto eccezioni, obblighi di assistenza tecnica, e dilazioni temporali a favore dei Paesi in via di sviluppo) tenendo conto delle specifiche caratteristiche dei singoli accordi volta a volta rilevanti²⁰.

²⁰ P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, pag. 460, 461.

II.2 A presidio della certezza e prevedibilità del sistema commerciale multilaterale vi sono le regole contenute nell'*Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, altrimenti conosciuta come *Dispute Settlement Understanding*.

Tale disciplina si occupa di stabilire nel dettaglio gli organi cui spetta l'amministrazione del procedimento contenzioso e le fasi che lo compongono.

I meccanismi da questa contemplati sono caratterizzati da un ambito di applicazione tendenzialmente unitario, tanto *ratione materiae* (essendo attivabili, salvo sporadiche eccezioni, in relazione a tutte le discipline afferenti al sistema commerciale multilaterale), quanto *ratione personarum* (godendo ciascuno Stato Membro della legittimazione attiva e passiva)²¹.

Essi si pongono come una chiara evoluzione della scarna procedura prevista agli articoli XII e XIII del GATT 1947 e, da un punto di vista strutturale, offrono una complessa combinazione di elementi giurisdizionali, invero preponderanti, e strumenti politici di composizione dei conflitti.

La loro amministrazione è affidata all'Organo di risoluzione delle controversie, emanazione del Consiglio generale OMC, che istituisce e controlla l'operato degli organismi cui è conferita la funzione giudicante: i *panels of experts* e l'Organo di appello permanente²².

Lo svolgimento del procedimento contenzioso in senso stretto si articola in quattro momenti: la fase delle consultazioni, la fase giudicante di primo grado, la fase giudicante di secondo grado e la fase esecutiva.

²¹ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, artt. 1, 3.

²² *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 2

La prima delle fasi indicate prende avvio con l'obbligo per lo Stato che intenda lamentare un pregiudizio ai benefici accordatigli dal sistema OMC di notificare una formale richiesta di consultazioni alla controparte, all'Organo di soluzione delle controversie e ai Consigli e Comitati OMC competenti per materia. Questa deve contenere la specifica indicazione delle misure contestate e della base giuridica del reclamo. Il Paese destinatario della richiesta è tenuto ad aderirvi prontamente²³.

Il confronto tra le rispettive posizioni delle parti così instaurato viene svolto in assoluta confidenzialità e con ampia flessibilità di forme. Ad esso può chiedere di essere ammesso il Membro che, pur non figurando tra gli Stati originariamente in conflitto, ritenga di dover far valere un interesse commerciale sostanziale ai sensi dell'art. XXII, par. 1 del GATT, dell'art. XXII, par. 1 del GATS o di analoghe disposizioni degli Accordi afferenti al sistema OMC. La decisione dell'inclusione nella procedura di quest'ultimo richiedente spetta al Paese cui la domanda di consultazioni è stata inizialmente indirizzata, chiamato a valutare la fondatezza dell'interesse sostanziale rivendicato²⁴.

Qualora le consultazioni registrino esito negativo ovvero non siano affatto celebrate per il rifiuto di parteciparvi opposto dall'avversario, la parte che ha avviato la procedura ha la facoltà di domandare la costituzione di un *panel*.

La devoluzione della materia controversa alla cognizione di un gruppo di esperti, che inaugura la seconda fase del meccanismo contenzioso, avviene a seguito di apposita deliberazione del *Dispute Settlement Body*. Essa può essere

²³ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 4

²⁴ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 4.11

evitata solo dal voto contrario di tutti i membri dell'organo e quindi anche del Paese richiedente, in base alla pratica del c.d. *consensus negativo*²⁵.

Il *panel* si compone di tre o cinque membri la cui competenza professionale, imparzialità e indipendenza è normativamente presidiata²⁶. Svolge una funzione conciliativa e di inchiesta sulla base di *terms of reference* standardizzati ovvero del diverso mandato conferitogli dalle parti di comune accordo. Effettua l'istruzione della causa in ossequio al principio del contraddittorio e rassegna le proprie conclusioni in un *Report* che, dopo esser stato sottoposto all'esame interinale da parte dei litiganti, viene trasmesso al *Dispute Settlement Body* per l'approvazione, anche in questo caso, secondo la modalità del *consensus negativo*²⁷.

Avverso le questioni ed interpretazioni giuridiche contemplate nella relazione del *Panel* è possibile proporre impugnazione, con deferimento della

²⁵ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 6.1

²⁶ «I panel sono composti di persone qualificate, appartenenti o meno a una pubblica amministrazione, comprese le persone [...] che hanno insegnato o pubblicato lavori nel settore del diritto commerciale internazionale o della politica commerciale internazionale, o che hanno lavorato in qualità di responsabili della politica commerciale di un Membro» (*Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 8.1); «I membri dei panel andrebbero selezionati in modo da garantire la loro indipendenza [...]» (art. 8.2.); «I cittadini dei Membri i cui governi sono parti della controversia o terzi ai sensi della definizione dell'articolo 10, paragrafo 2 non fanno parte del panel competente per quella controversia, salvo diversi accordi tra le Parti della controversia» (art. 8.3); «I partecipanti ai panel operano a titolo personale, e non come rappresentanti di pubbliche amministrazioni, né di qualsiasi organizzazione. I Membri pertanto non impartiscono loro istruzioni, né cercano di influenzarli a livello personale per quanto riguarda le questioni di cui è investito il panel» (art. 8.9).

²⁷ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 16.4 .

controversia all'Organo di appello permanente²⁸. Le determinazioni di quest'ultimo sono approvate dall'Organo di soluzione delle controversie con una procedura identica a quella prevista per le decisioni dei *Panel*²⁹.

Le misure adottate ad opera della parte soccombente per conformarsi alle decisioni del DSB, se oggetto di contestazione, possono essere sottoposte a verifica³⁰. Nelle more della loro adozione la parte vittoriosa può accedere a forme di compensazione o chiedere di essere autorizzata alla sospensione di concessioni commerciali nei confronti dello Stato inadempiente³¹.

II.3 Stando al quadro normativo di riferimento l'OMC si caratterizza come organizzazione operante ad un piano strettamente intergovernativo. Si spiegherebbe in questi termini l'omissione, nel trattato costitutivo, di qualunque riferimento al ruolo svolto nel sistema delle transazioni globali dagli operatori commerciali e, più in generale, dai soggetti privati che interagiscono con il mercato per la realizzazione di interessi propri o dei gruppi di cui sono espressione³².

²⁸ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 17

²⁹ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 17.14 .

³⁰ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 21.

³¹ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 22

³² L'ambito dei soggetti di nostro interesse vuole essere più ampio di quello adottato da S. CHARNOVITZ, *The WTO and the Rights of the Individual*, in *Intereconomics*, 36 (2001), pag. 98 ss., secondo cui «Such actors can be natural persons, business corporations, partnerships, cooperative or labor unions. They operate as producers, consumers, service providers, exporters or importers». Riteniamo, infatti, che non possano escludersi dal novero le organizzazioni rappresentative di interessi non commerciali (e quindi ambientali, di tutela della salute, etc.) con i quali la disciplina dei mercati costantemente è chiamata a relazionarsi.

Un'indagine più approfondita è tuttavia sufficiente a dimostrare i limiti di una siffatta impostazione.

Il fenomeno degli scambi di merci e servizi produce ripercussioni che esorbitano dalla sfera dei rapporti tra Stati, andando ad interessare gli aspetti economici, politici, sociali, culturali e ambientali del quotidiano di ognuno.

Un valido esempio di ciò può ricavarsi in tema di conservazione degli equilibri naturali. In questo contesto, la produzione ed il trasferimento di beni costituiscono un fenomeno che non si risolve mai in ambito locale, pur se ad essere coinvolti sono Paesi contigui.

Ciò risulta particolarmente vero anzitutto in ragione delle esternalità che si producono ogni volta che uno Stato sia in grado di trasferire al di fuori del proprio territorio i costi ambientali delle attività economiche che su di esso sono esercitate. Una prova ulteriore di quanto si afferma è data dall'esistenza di aree che non ricadono sotto la sovranità di uno Stato e che vedono comunque pregiudicata la propria salubrità dallo svolgimento di attività economiche, come pure dalla circostanza che i processi produttivi consumano, deturpano o mettono in pericolo risorse naturali comuni (acqua, combustibili, minerali, riserve di flora, etc.).

Il commercio internazionale esplica altresì un impatto notevole sulle condizioni di lavoro.

I costi di manodopera costituiscono una componente essenziale dei prezzi delle merci immesse sul mercato. Un incremento delle garanzie accordate ai lavoratori si traduce in un impiego di risorse che riduce inevitabilmente i margini di profitto. Alcuni Stati sono spinti pertanto a restringere il novero dei diritti garantiti per avere la possibilità di offrire beni e servizi a prezzi particolarmente competitivi. L'ingiusto vantaggio lucrato in questo modo

evidentemente non turba soltanto l'ordinato svolgersi delle relazioni commerciali in regime di libera concorrenza ma pone anche seri problemi di tutela delle fasce di popolazione interessate dal *dumping* sociale.

La disciplina internazionale degli scambi produce infine innegabili conseguenze sugli operatori commerciali. Questi traggono infatti un consistente beneficio dall'apertura dei mercati esteri ai loro prodotti, per cui vedono la loro attività fortemente influenzata da qualsiasi patologia possa intervenire nelle dinamiche di liberalizzazione degli scambi.

La stessa Organizzazione Mondiale del Commercio pare aver acquisito la consapevolezza di tali importanti questioni.

Pur escludendo che si sia pervenuti alla creazione di un ordinamento in cui Stati e privati sono collocati in posizione paritaria, gli organi per la soluzione delle controversie istituiti presso l'OMC hanno infatti rilevato che «[...] it would be entirely wrong to consider that the position of individuals is of no relevance to the GATT/WTO legal means. Many of the benefits to members which are meant to flow as a result of the acceptance of various disciplines under the GATT/WTO depend on the activity of individual economic operators in the national and global market places»³³.

L'incidenza delle concessioni commerciali effettuate dagli Stati sull'attività dei soggetti non statali ha trovato altresì palese espressione nel caso *Australia Leather*³⁴, laddove il *panel* di esperti incaricato di dirimere una controversia tra Stati Uniti ed Australia circa l'illegittimità di alcuni sussidi statali, ha concluso

³³ *Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, Panel report, 22 December 1999, WTO Doc. WT/DS152/R, par. 8.1 .

³⁴ *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, Panel report, 21 January 2000, WTO Doc. WT/D126/RW.

che l’Australia, in virtù dell’ *SMC Agreement*, fosse tenuta a chiedere la restituzione delle somme erogate a vantaggio di un produttore nazionale di rivestimenti per veicoli³⁵.

Proprio perchè la disciplina degli scambi internazionali non può correttamente analizzarsi trascurando le ripercussioni che essa produce in via più o meno mediata su di un ampio novero di privati, è lecito chiedersi se e quali siano gli strumenti a disposizione di questi ultimi quando ne venga violata la sfera giuridica.

Sul punto, l’Intesa riserva espressamente l’attivazione delle procedure da essa contemplate ai soli Membri OMC, e pertanto agli Stati e ai territori doganali a sé stanti dotati di piena autonomia nella gestione delle relazioni commerciali³⁶.

Dal novero dei legittimati sono dunque esclusi i soggetti privati.

La tutela degli interessi di cui questi sono portatori non può quindi basarsi sul ricorso in via diretta ai meccanismi regolati dalla *Dispute Settlement Understanding* e necessita di affidarsi a soluzioni alternative.

Di queste si cercherà di dare conto nei capitoli che seguono.

³⁵ *Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States*, cit., par. 6.48

³⁶ Ciò è desumibile dal combinato disposto dell’art. 1, par. 1 dell’Intesa («[...] Le norme e le procedure della presente Intesa si applicano [...] alle consultazioni e alla risoluzione delle controversie tra Membri [...]») con gli artt. XI e XII dell’Accordo istitutivo dell’Organizzazione Mondiale del Commercio («Le Parti contraenti del GATT 1947 della data di entrata in vigore del presente Accordo e le Comunità europee, che accettano il presente Accordo e gli Accordi commerciali multilaterali [...] diventano Membri Originari dell’OMC», «Ciascuno Stato o territorio doganale a sé stante dotato di piena autonomia nella gestione delle proprie relazioni commerciali e degli aspetti contemplati dal presente Accordo e dagli Accordi commerciali multilaterali può aderire al presente Accordo [...])»).

PARTE SECONDA

TUTELA DEGLI INTERESSI COMMERCIALI PRIVATI

NEI SETTORI DI COMPETENZA DELL'OMC: GLI

STRUMENTI E LE PRASSI ATTUALI

CAPITOLO III

L'EFFICACIA DIRETTA DEL DIRITTO OMC

NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO COMUNITARIO

Sommario: **III.1.** Introduzione. Presupposti per l'efficacia diretta degli accordi internazionali nel diritto comunitario. – **III.2.** L'esclusione dell'efficacia diretta del GATT nel caso *International Fruit Company*. – **III.3** Il caso *Portogallo c. Consiglio*. – **III.4** Brevi considerazioni sui motivi di esclusione dell'efficacia diretta del diritto OMC - **III.4.a** la reciprocità. – **III.4.b** (*Segue*) La flessibilità della struttura delle obbligazioni derivanti dalla partecipazione all'OMC - **III.4.c** (*Segue*) Il presunto carattere “power oriented” delle procedure contenziose.– **III.4.d.**(*Segue*) il contenuto dei provvedimenti di esecuzione del trattato istitutivo dell'OMC emanati a livello comunitario. - **III.5** Le “eccezioni” *Fediol* e *Nakajima*. – **III.6** Ripercussioni sull'efficacia diretta del diritto OMC delle decisioni del *Dispute Settlement Body*. – **III.7** Diritto OMC e giudizi sulla responsabilità extracontrattuale della Comunità da “atto lecito”. – **III.8** L'obbligo di interpretare il diritto comunitario in conformità alle disposizioni del sistema commerciale multilaterale: fondamento e limiti. - **III.9** Osservazioni sulla giurisprudenza esaminata.

III.1. La possibilità per i soggetti non statali di invocare le norme del sistema commerciale multilaterale nei giudizi cui prendano parte può fornire un valido supporto alla tutela dei loro interessi.

L'assenza nel diritto internazionale di un principio oggettivo in base al quale le disposizioni debbano trovare applicazione comporta tuttavia una diversa rilevanza della c.d. efficacia diretta nei vari sistemi giuridici.

Da questo punto di vista, la Comunità europea rappresenta la principale fonte di norme sovranazionali cui si attribuisce l'attitudine ad essere azionate dai singoli nei giudizi nazionali in virtù di quanto rilevato di giudici comunitari nel

caso *Costa c. ENEL*: «by contrast with ordinary international treaties, the EEC Treaty has created its own legal system which, on the entry into force of the Treaty, became an integral part of the legal systems of the Member States and which thir courts are bound to apply»³⁷.

Oltre che sull'applicabilità delle proprie disposizioni negli ordinamenti dei Paesi membri, la giurisprudenza comunitaria si è soffermata in più occasioni sul tema dell'efficacia degli accordi internazionali nel sistema CE, confermando anche in questo ambito la preferenza per un approccio monista³⁸. Ciò premesso, le pronunce intervenute in argomento hanno evidenziato che, in conformità ai principi di diritto internazionale, sono le stesse parti contraenti a poter convenire gli effetti che le disposizioni di un trattato devono produrre negli ordinamenti interni. Ove tale indicazione manchi, la questione può essere affrontata per via giurisdizionale tenendo conto anzitutto dello spirito e della struttura dell'accordo, quindi dei caratteri materiali della singola norma azionata³⁹.

In tale sede, la prima condizione richiesta ai fini dell'efficacia diretta è che l'accordo sia strumentale ad instaurare tra i contraenti un vincolo solidaristico

³⁷ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, in *Raccolta*, 1964, pag. 585 e ss.

³⁸ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 30 aprile 1974, *Haegeman*, in *Raccolta*, 1974, pag. 449 e ss.

³⁹ «In conformità ai principi del diritto internazionale, le istituzioni comunitarie, che sono competenti a negoziare e concludere un accordo con un Paese terzo, sono libere di convenire con questo gli effetti che le disposizioni dell'accordo devono produrre nell'ordinamento interno delle Parti contraenti. Solo se tale questione non sia stata disciplinata dall'accordo incombe ai giudici competenti e in particolare alla Corte, nell'ambito della competenza attribuita dal Trattato, risolverla al pari di qualunque altra questione di interpretazione relativa all'applicazione dell'accordo nella Comunità» (Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 26 ottobre 1982, causa 104/81, in *Raccolta*, 1982, pag. 3641 ss., par. 17).

affine a quello intercorrente tra gli Stati coinvolti nell'integrazione europea⁴⁰. Ed infatti, la costituzione di uno *special link* tra le Comunità e gli altri Paesi contraenti rappresenta una costante degli accordi ritenuti immediatamente efficaci in ambito comunitario. Questi trattati si caratterizzano per il fatto di coinvolgere soggetti storicamente accomunati da solidi legami di tipo economico e politico o sono diretti alla costituzione di particolari forme di *partnership*, il più delle volte strumentali a preparare l'ingresso di uno Stato nella CE.

Il vincolo solidaristico in questione, nella ricostruzione fornita dai giudici comunitari, non deve essere tuttavia necessariamente costruito su base reciproca. Nel caso *Bresciani*⁴¹ la Corte, pronunciandosi in favore dell'invocabilità in giudizio della Convenzione di Yaoundè del 1963, ha infatti dichiarato ininfluenza per i fini che ci riguardano lo squilibrio tra le obbligazioni assunte attraverso di essa dai contraenti. Parimenti irrilevante ai fini dell'azionabilità del trattato deve ritenersi l'assenza di reciprocità in sede di attuazione degli obblighi assunti per via convenzionale: con la sentenza *Kubferberg* è stato appunto chiarito che «il fatto che i giudici di una delle parti ritengano che talune disposizioni dell'accordo abbiano efficacia diretta, mentre i giudici dell'altra parte non ammettono tale efficacia diretta, non è, di per sé solo, tale da costituire una mancanza di reciprocità nell'attuazione dell'accordo»⁴².

⁴⁰ V. Corte di Giustizia delle comunità europee, sentenza 5 febbraio 1963, *Van Gend en Loos*, causa 26/62, in *Raccolta*, 1963, pag. 3 ss.

⁴¹ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 5 febbraio 1976, causa 87/75, in *Raccolta*, 1976, pag. 129 ss.

⁴² Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 26 ottobre 1982, causa 104/81, in *Raccolta*, 1972, pag. 3641 ss., par. 18. Estensivamente, sulla pronuncia in questione, v. A.

La seconda condizione essenziale ai fini dell'efficacia diretta di un trattato è che esso presenti una ristretta possibilità di deroghe in sede applicativa. E' indispensabile cioè che le clausole di salvaguardia eventualmente contemplate possano essere azionate solo in circostanze determinate e previo coinvolgimento degli altri contraenti.

Tra i requisiti attinenti alla struttura dell'accordo, quello appena riferito sembra essere l'unico al quale la giurisprudenza comunitaria abbia attribuito una qualche rilevanza. Questa, infatti, si è curata di escludere espressamente che la previsione di particolari meccanismi di soluzione delle controversie da parte del trattato sia di ostacolo alla possibilità per i giudici nazionali di applicarne le norme nei giudizi promossi dinanzi ad essi.

Quanto alla concreta disposizione della quale si richiede l'applicazione, essa deve essere completa dal punto di vista del contenuto precettivo, risultando chiara - o precisa - ed incondizionata⁴³. Perché questi presupposti siano rispettati è necessario che l'enunciato normativo fissi in maniera inequivocabile i caratteri della condotta imposta al suo destinatario, senza che all'uopo risulti necessaria l'emanazione di ulteriori provvedimenti da parte tanto delle istituzioni comunitarie quanto degli Stati membri CE.

Dal punto di vista metodologico, la sussistenza dei requisiti summenzionati viene costantemente verificata dalla Corte secondo un criterio non alternativo bensì cumulativo. Questa circostanza trova la sua espressione più evidente nella sentenza *Polydor*⁴⁴, laddove i giudici comunitari si sono rifiutati di

MARCHISELLO, *L'efficacia diretta degli accordi internazionali della Comunità europea dopo la sentenza Kupferberg*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1984, pag. 259 ss.

⁴³ Cfr. *Kupferberg*, cit., par. 23 ss.; *Bresciani*, cit., par. 25.

⁴⁴ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 9 febbraio 1982, causa 270/80, in *Raccolta*, 1982, pag. 329 ss.

pronunziare l'efficacia diretta degli artt. 14 e 23 del *Free Trade Agreement* stipulato tra la Comunità e il Portogallo, malgrado le disposizioni presentassero forti analogie testuali con gli artt. 30 e 36 del Trattato CE, giudicati invece direttamente efficaci. Ciò in ragione del fatto che le norme dell'accordo con la repubblica portoghese «pur disponendo la soppressione incondizionata di talune restrizioni agli scambi fra la Comunità e il Portogallo, come le restrizioni quantitative e le misure di effetto equivalente, non perseguono lo stesso scopo del Trattato CEE, in quanto quest'ultimo mira [...] alla creazione di un mercato unico che presenti caratteristiche il più possibili affini a quelle di un mercato interno»⁴⁵.

III.2 La possibilità che le disposizioni del GATT fossero direttamente efficaci è stata verificata dai giudici comunitari per la prima volta nel 1972 con la celebre pronuncia *International Fruit Company*⁴⁶.

Il testo dell'Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio all'epoca vigente era quello sottoscritto a Ginevra nell'ottobre del 1947 il cui contenuto risultava fortemente influenzato dalla necessità di regolare in maniera temporanea la materia degli scambi internazionali, in attesa dell'entrata in vigore della Carta dell'Avana^{47 48}.

⁴⁵ *Polydor*, cit., par. 18.

⁴⁶ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 12 dicembre 1972, cause riunite 21-24/72, in *Raccolta*, 1972, pag. 1219ss.

⁴⁷ Attraverso questo accordo avrebbe dovuto vedere la luce l'*International Trade Organization*, uno dei tre pilastri dell'organizzazione giuridica dell'ordine economico mondiale delineata alla Conferenza di Bretton Woods del 1944 unitamente al Fondo Monetario Internazionale (FMI) e alla Banca Internazionale per la Ricostruzione e lo Sviluppo (BIRS). I Paesi firmatari della Carta dell'Avana, salvo la Liberia, non provvidero tuttavia alla sua ratifica. Sull'argomento v. D. ACHESON, *Economic Policy and the ITO Charter*, U.S. Department of State Bulletin XX, Washington, 1949; G. BRONZ, *The International Trade*

La decisione scaturì da una domanda di pronuncia in via pregiudiziale vertente sull'attitudine delle norme di diritto internazionale a fungere da parametro di validità degli atti comunitari, cui si accompagnava la richiesta di verificare la compatibilità con l'art. XI del *General Agreement on Tariffs and Trade* di una serie di regolamenti in materia di commercio di mele.

Nell'occasione la Corte ritenne che la competenza a controllare gli atti delle istituzioni CE conferitale dall'art. 177 del Trattato fosse onnicomprensiva, estendendosi pure ai motivi di invalidità discendenti dal diritto

Organization, in *Harvard Law Review*, 1949, pag. 1089 ss.; F. COPPOLA D'ANNA, *L'Organizzazione internazionale del commercio*, Roma, 1947; C. WILCOX, *A Charter for World Trade*, New York, 1949 (ristampa 1972).

⁴⁸ Durante il suo periodo di vigenza, il GATT 1947 aveva evidenziato varie carenze.

In primo luogo, molte delle disposizioni in esso contemplate erano caratterizzate da un contenuto precettivo debole, se non meramente programmatico.

In secondo luogo, i meccanismi di interpretazione ed applicazione delle regole risultavano assolutamente inadeguati allo scopo. Essi, infatti, si incentravano sull'operato di *panel of experts* le cui decisioni dovevano essere approvate dalle Parti contraenti. Queste deliberavano in base alla pratica del *consensus*, dando quindi la possibilità allo Stato risultato soccombente nella controversia di opporsi all'adozione di provvedimenti ad esso sfavorevoli. La concreta applicazione di sanzioni a danno degli Stati che non si attennero alle decisioni dei *panel* era parimenti ostacolata dall'assenza di un quadro istituzionale, per lo stesso obiettivo era frequentemente perseguito attraverso il ricorso alla ritorsione.

Un'ulteriore causa di debolezza del sistema GATT era costituita dalla frammentazione dei regimi normativi, stante il numero variabile di parti che, a seconda del proprio interesse particolare, aderivano agli accordi promossi sotto la sua egida.

Oltre a ciò, il trattato possedeva il limite intrinseco di essere ad "applicazione provvisoria". Infatti, secondo l'art. XXVI, par. 6, esso sarebbe entrato in vigore definitivamente all'avvenuta ratifica da parte degli Stati rappresentanti l'85% del commercio esterno complessivo dei Paesi firmatari, condizione questa mai verificatasi.

In ogni caso, la sua disciplina era limitata al solo settore degli scambi di merci, trascurando la regolamentazione di quelli di servizi ed escludendo dal proprio ambito di applicazione settori strategicamente rilevanti quali quello agricolo e tessile.

internazionale⁴⁹. Precisò tuttavia che, quando il motivo di invalidità venisse addotto presso le giurisdizioni interne, le disposizioni la cui violazione poteva essere lamentata dovessero essere vincolanti per le Comunità e suscettibili al contempo di conferire ai singoli il diritto di farle valere in giudizio.

Sotto il primo profilo, i giudici comunitari conclusero che la volontà degli Stati partecipanti all'integrazione europea di rispettare gli obblighi discendenti dal GATT risultasse manifesta sia dal Trattato CEE, ed in particolare dal tenore degli artt. 110 e 234⁵⁰, sia dalle dichiarazioni che questi avevano reso al momento della presentazione del predetto trattato alle altre Parti contraenti del GATT, in ossequio alle formalità previste dall'art. XXIV di quest'ultimo accordo⁵¹.

Esclusero però che l'art. XI dell'Accordo generale, rispetto al quale veniva chiesto di verificare la validità dei regolamenti comunitari, conferisse ai privati il diritto di esigerne l'osservanza in giudizio.

⁴⁹ *International Fruit Company*, cit., par. 4/6. Sulla base della lettera dell'art. 177 del Trattato CE :«La Corte di giustizia è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: [...] b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni della Comunità [...]».

⁵⁰ L'art. 110 del Trattato CE (numerato come art.131 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato sull'Unione europea) prevede che «Con l'instaurare un'unione doganale fra loro, gli Stati membri intendono contribuire, secondo l'interesse comune, allo sviluppo armonico del commercio internazionale [...]»; l'art 234 (ora 307) al primo comma chiarisce invece che le disposizioni del Trattato CE non pregiudicano i diritti e gli obblighi derivanti da convenzioni concluse, come il GATT, anteriormente al 1 gennaio 1958.

⁵¹ *International Fruit Company*, cit., par. 10/12. L'art. XXIV, in materia di accordi commerciali regionali, impone ai Membri OMC l'onere di fornire informazioni alle altre Parti contraenti circa le caratteristiche delle esperienze di integrazione cui partecipa o intende aderire: «Any contracting party deciding to enter into a customs union or free-trade area, or an interim agreement leading to the formation of such a union or area, shall promptly notify the CONTRACTING PARTIES and shall make available to them such information regarding the proposed union or area as will enable them to make such reports and recommendations to contracting parties as they may deem appropriate» (par. 7 lett. a).

A sostegno di questa determinazione addussero la circostanza che il trattato commerciale fosse basato, ai sensi del preambolo, sul principio di negoziati da condursi su «una base di reciprocità e di vantaggio mutui» e si caratterizzasse per la flessibilità delle sue disposizioni, la cui implementazione risentiva delle possibilità di deroga contemplate, dei provvedimenti ammessi in caso di gravi difficoltà e dell'estrema politicizzazione delle procedure di composizione delle controversie nascenti tra le parti contraenti⁵².

Le argomentazioni proposte dalla Corte nella fattispecie per escludere l'efficacia diretta del GATT 1947 hanno poi trovato pedissequo richiamo in tutta la giurisprudenza successiva sviluppatasi in argomento.

III.3 La disciplina degli scambi internazionali ha fatto registrare sensibili innovazioni con la conclusione dei negoziati dell'*Uruguay Round* e l'entrata in vigore dell'accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

Il mutato quadro normativo avrebbe potuto fornire spunti alla Corte di giustizia delle Comunità europee per un ripensamento delle proprie posizioni in tema di efficacia diretta delle disposizioni del sistema commerciale multilaterale.

Le attese in tal senso sono state tuttavia deluse dalle determinazioni espresse dai giudici comunitari nel caso *Portogallo c. Consiglio*⁵³.

Le argomentazioni proposte dalla Corte nella fattispecie per escludere l'efficacia diretta del diritto OMC hanno trovato pedissequo richiamo in tutta la giurisprudenza successiva sviluppatasi in argomento. Questo giustifica il nostro interesse per il caso sebbene il giudizio non abbia registrato la partecipazione di soggetti privati.

⁵² *International Fruit Company*, cit., par. 21

⁵³ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 23 novembre 1999, causa C-149/96, in *Raccolta*, 1999, pag. I-8395 ss.

Nell'occasione, con ricorso in annullamento, la Repubblica portoghese aveva denunciato l'illegittimità della decisione del Consiglio n. 96/386/CE riguardante la conclusione da parte della Comunità europea di un memorandum di intesa con l'India e il Pakistan in materia di accesso al mercato dei prodotti tessili.

Lo Stato ricorrente, deducendo che l'atto comunitario fosse stato adottato in violazione di talune disposizioni e principi fondamentali dell'OMC, aveva insistito affinché i giudici comunitari, contrariamente all'orientamento assunto in relazione al GATT 1947, considerassero invocabili in giudizio le disposizioni del sistema commerciale multilaterale. A parere del Portogallo, infatti, quest'ultimo ordinamento presentava differenze significative rispetto alla disciplina previgente, particolarmente apprezzabili con riferimento alla trasformazione subita dal sistema di soluzione delle controversie.

Il ricorso è stato respinto dalla Corte sul presupposto che il sistema OMC continui a riservare un ruolo rilevante al negoziato tra le parti, malgrado l'avvenuto rafforzamento del regime di salvaguardia e delle procedure contenziose,⁵⁴.

La natura *power-oriented* dei meccanismi di *dispute settlement* troverebbe conferma nel carattere non perentorio dell'obbligo di rimuovere le misure in contrasto con il diritto OMC desumibile dalla *Dispute Settlement Understanding*. Ed invero questa disciplina, pur prevedendo tra i propri obiettivi quello di garantire l'implementazione delle raccomandazioni e decisioni assunte dagli organi OMC, consente alle parti di convenire, sia pure in via provvisoria, forme di compensazione reciprocamente accettabili⁵⁵.

⁵⁴ *Portogallo c. Consiglio*, cit. , par. 36

⁵⁵ *Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la soluzione delle controversie*, art. 22

La negoziazione di tali misure sarebbe interdetta alle parti contraenti se si imponesse ai loro organi giurisdizionali di escludere l'applicazione delle norme interne in contrasto con gli obblighi nascenti dalla partecipazione all'OMC.

La produzione di effetti diretti da parte delle norme del sistema commerciale multilaterale è stata altresì esclusa nella fattispecie sul presupposto che, al pari del GATT 1947, la disciplina degli scambi internazionali risultata all'esito dell'*Uruguay Round* continui a fondarsi su negoziati condotti su una base di reciproca convenienza.

Tale reciprocità influenzerebbe l'implementazione degli obblighi convenzionalmente assunti. Ed infatti, il mancato riconoscimento dell'efficacia diretta degli accordi OMC ad opera di altri membri dell'Organizzazione è ritenuto dalla Corte una ragione sufficiente a escludere che tali accordi possano essere invocati nei giudizi comunitari. Diversamente, gli organi legislativi o esecutivi della Comunità, privati del "margine di manovra", si verrebbero a trovare in una posizione di inferiorità rispetto agli altri Stati nella ricerca di soluzioni del contenzioso commerciale che incontrino la reciproca soddisfazione⁵⁶.

Sulle base delle considerazioni svolte, la Corte ha quindi concluso che il diritto OMC, tenuto conto della sua natura ed economia, non può fungere da parametro per il controllo della validità degli atti comunitari. Questa posizione è stata ritenuta conforme a quanto enunciato nella decisione del Consiglio n. 94/800 riguardante la conclusione degli accordi di Marrakech, il cui ultimo "considerando" precisa che «l'accordo che istituisce l'Organizzazione Mondiale del Commercio, compresi gli allegati, non è di natura tale da essere

⁵⁶ *Portogallo c. Consiglio*, cit. , par. 40

invocato direttamente dinanzi alle autorità giudiziarie della Comunità e degli Stati membri»⁵⁷.

III.4. La giurisprudenza comunitaria sembra dunque individuare nel sistema commerciale multilaterale elementi di specificità tali da impedire che le sue norme attribuiscono ai privati diritti che questi possono azionare nei giudizi interni.

Le argomentazioni sulla base delle quali viene negata l'efficacia diretta riguardano, in ultima analisi: a) la reciprocità caratterizzante gli accordi OMC; b) la flessibilità della struttura delle obbligazioni contemplate; c) il ruolo del negoziato nel meccanismo di soluzione delle controversie e, infine d) il contenuto dei provvedimenti di esecuzione del trattato istitutivo dell'OMC emanati a livello comunitario. Per ciascuno di questi profili è possibile svolgere alcune brevi osservazioni.

III.4.a Non c'è dubbio che, alla luce dell'accordo di Marrakech, l'OMC si connota come *forum* negoziale istituito per favorire la conclusione tra i propri membri di trattati commerciali ispirati alla "reciproca convenienza" e vigilare sulla loro attuazione.

La rilevanza attribuita alla reciprocità caratterizzante il sistema OMC quale motivo di esclusione dell'efficacia diretta delle sue disposizioni si presta tuttavia a numerosi rilievi.

Risulta infatti assolutamente incerto il contenuto di tale nozione accolto dalla giurisprudenza comunitaria per i fini che stiamo considerando.

⁵⁷ *Portogallo c. Consiglio*, cit. , par. 48

Le ipotesi ricostruttive formulabili in argomento si riducono essenzialmente a due, entrambe, a ben vedere e per motivi diversi, irricevibili.

Una considerazione complessiva delle norme che costituiscono il sistema commerciale multilaterale induce anzitutto ad escludere che la “reciproca convenienza” cui la giurisprudenza UE si riferisce possa identificarsi con una sorta di bilanciamento originario esistente tra le obbligazioni assunte dagli Stati al loro ingresso nel sistema commerciale multilaterale.

Il carattere reciproco, infatti, non può dirsi permeare l’intera disciplina degli scambi internazionali, consistendo questa anche di norme di principio, non riconducibili quindi allo schema della concessione effettuata da uno Stato per ottenere in cambio una qualche utilità⁵⁸.

Anche a volere trascurare un simile rilievo, è agevole notare che nell’ambito dell’OMC i diritti e gli obblighi non sono distribuiti allo stesso modo tra i Membri ma risultano graduati, sia pure in modo da taluni ritenuto insoddisfacente, in ragione della loro diversa forza economica. Rappresenta infatti un dato che i Paesi non industrializzati e, tra questi, quelli meno avanzati, siano destinatari di disposizioni istitutive di trattamenti differenziati⁵⁹.

⁵⁸ A riguardo, G. A. ZONNEKEYN, *The Status of WTO Law in the EC Legal Order. The Final Curtain?*, in *Journal of World Trade*, 34 (3), 2000, pag. 121 cita l’esempio della clausola del “trattamento nazionale”, annoverata tra i principi generali cui si uniforma il sistema commerciale multilaterale.

⁵⁹ «Il nuovo sistema non è quindi certo insensibile ai problemi dello sviluppo, ma tende a regolarli assumendo tre orientamenti generali [...]. Essi sono dati: a) dalla prospettiva di una tendenziale ed estesa subordinazione di principio di Tutti i Paesi, compresi quelli in via di sviluppo, alle regole contenute negli accordi entrati in vigore alla fine dell’ Uruguay Round [...]; b) dalla necessità di differenziare tra loro i Paesi in via di sviluppo, e di prevedere regimi preferenziali speciali con riguardo ai Paesi meno avanzati [...]; c) dalla opportunità di articolare e differenziare il contenuto di tali regimi (che prevedono, soprattutto, [...] eccezioni, obblighi di assistenza tecnica, e dilazioni temporali a favore dei Paesi in via di sviluppo)

In alternativa al senso appena esaminato vi è poi l'opinione, avvalorata dalla sentenza *Portogallo c. Consiglio*, secondo cui la condizione di reciprocità richiamata dai giudici comunitari per escludere l'efficacia diretta del diritto OMC vada interpretata come equilibrata implementazione da parte degli Stati degli impegni convenzionalmente assunti.

L'attribuzione di tale significato alla nozione, contrasta però chiaramente con quanto sostenuto dai medesimi giudici comunitari nel caso *Kupferberg*, laddove l'esclusione dell'efficacia diretta delle disposizioni di un accordo internazionale ad opera di uno dei partecipanti non è stata ritenuta condizione sufficiente ad impedire l'invocabilità in giudizio delle medesime disposizioni dinanzi alla giurisdizione di un'altra parte⁶⁰.

Il significato attribuito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee al termine "reciprocità" impiegato nel contesto del GATT rimane pertanto oscuro e manca di un fondamento giuridico certo.

Questa evanescenza di contenuto rischia di spostare il problema dell'efficacia diretta di un accordo internazionale sul piano delle valutazioni di ordine politico, il cui esito variabile comporta seri problemi di certezza del diritto. L'invocabilità in giudizio di disposizioni di un trattato finirebbe per essere legata in via esclusiva ad un elemento, come la qualità delle relazioni diplomatiche tra le parti contraenti, che presenta innegabili difficoltà di ponderazione. Il rischio conseguente è che la giurisprudenza comunitaria inauguri, in materia di effetti dei trattati internazionali, un approccio *à la carte*,

tenendo conto delle specifiche caratteristiche dei singoli accordi volta a volta rilevanti» (P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002, pag. 460, 461).

⁶⁰ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 26 ottobre 1982, causa 104/81, in *Raccolta*, 1972, pag. 3641 ss., par. 18.

in grado di compromettere la coerenza interna del sistema giuridico della CE, nella cui sfera si limiterebbero gli effetti delle disposizioni che fanno capo all'Atto Finale dell' *Uruguay Round* e contemporaneamente non si riserverebbe il medesimo trattamento a quelle di alcuni accordi non dissimili^{61 62}.

III.4.b L'elevato grado di elasticità che, stando al giudizio della giurisprudenza comunitaria, caratterizzerebbe la struttura delle obbligazioni assunte dagli Stati con la partecipazione all'OMC risulta tutt'altro che dimostrato.

E' noto che il sistema commerciale multilaterale consente che l'applicazione delle concessioni tariffarie possa essere esclusa o limitata ricorrendo i presupposti di cui alle c.d. clausole di deroga e di salvaguardia⁶³.

⁶¹ L'osservazione è ben svolta in G. M. RUOTOLO, *Organizzazione Mondiale del Commercio e Ordinamento Comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia: un nodo ancora irrisolto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, p. 1009 ss. In particolare pag. 1033 ss.

⁶² Anche Autori che mostrano perplessità verso la giurisprudenza comunitaria in materia di efficacia diretta del GATT e degli altri Accordi allegati non mancano comunque di guardare con una certa benevolenza al requisito della reciprocità, quasi scusasse l'ostilità delle giurisdizioni CE in argomento. «Non va tuttavia sottaciuto che l'atteggiamento della Corte è sicuramente influenzato dalla circostanza che altre parti contraenti (Stati Uniti, Canada e Giappone) non riconoscono l'effetto diretto alle norme in questione. Una tale situazione, che a stretto rigore non dovrebbe avere riflessi sulla giurisprudenza della Corte, è nondimeno rilevante, in quanto una diversa posizione avrebbe come conseguenza di svantaggiare gli operatori comunitari e, per contro, di avvantaggiare gli operatori di Stati terzi contraenti. In questo senso, la circostanza di limitare alle ipotesi *Fediol* e *Nakajima* la possibilità di invocare l'effetto delle norme (anche) OMC potrebbe non essere così sorprendente, né, in definitiva, del tutto incoerente rispetto alle ragioni della giurisprudenza fino ad oggi affermatasi». (G. TESAURO, *Rapporti tra la Comunità Europea e l'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio (Atti del II Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Milano, 5-7 giugno 1997)*, Napoli, 1998, p. 56 ss .

⁶³ A questa definizione vengono tradizionalmente ricondotte le ipotesi disciplinate dal GATT 1994 agli artt. XI, XII, XVIII:B, XIX, XX, XXI.

L'adozione di misure in deroga da parte degli Stati membri è infatti connotata da un marcato carattere di *extrema ratio*. Anche quando le relative disposizioni contemplano meri obblighi di notifica o di consultazione con le altre Parti contraenti e non l'attivazione di forme di controllo istituzionale sui provvedimenti che lo Stato adotta, sono gli organi istituiti dall'Intesa a limitare il ricorso ad esse, imponendone un'interpretazione restrittiva⁶⁴.

Nel caso *Portogallo c. Consiglio*, come pure nella giurisprudenza successiva, questa circostanza sembra essere completamente trascurata.

III.4.c La conciliazione di interessi confliggenti attraverso il negoziato rappresenta uno dei più rilevanti mezzi di soluzione pacifica delle controversie in uso sul piano internazionale, anche in assenza di una specifica e preventiva procedimentalizzazione.

Non deve quindi meravigliare se appositi spazi per la celebrazione di negoziati sono contemplati dai meccanismi di soluzione delle controversie amministrati presso l'OMC. Ciò ha sollevato tuttavia dubbi circa la loro natura.

Secondo una prima interpretazione i suddetti meccanismi sono destinati a produrre soluzioni politicamente orientate del contenzioso in ragione dell'ampia possibilità di ricorrere al negoziato conferita alle parti, che ne escluderebbe chiaramente la natura giurisdizionale .

⁶⁴ Le eccezioni al divieto di restrizioni quantitative di cui all'art. XI del GATT confermano pienamente questo assunto. Ai sensi della richiamata disposizione, gli Stati che applichino limitazioni all'importazione di prodotti agricoli o della pesca allo scopo di agevolare politiche governative di riduzione strutturale della produzione interna o dirette all'assorbimento di eccedenze produttive, sono tenuti semplicemente a rendere pubblica la quantità o il valore delle merci cui verrà consentito l'ingresso nel proprio mercato in un determinato periodo di tempo. Due decisioni dei *panel* hanno tuttavia chiarito che il riferito requisito formale deve necessariamente accompagnarsi alla sussistenza di un numero considerevole di condizioni di ordine sostanziale.

In conseguenza di ciò sarebbe possibile a marcare una differenza netta tra le procedure previste dalla *Dispute Settlement Understanding*, di tipo preminentemente conciliativo, e quelle contemplate da altri accordi ai quali partecipano le Comunità Europee, che avrebbero invece natura schiettamente arbitrale.

In qualche caso al sistema OMC si accorda una peculiare configurazione ibrida, non sufficiente comunque ad accostarlo pienamente a sistemi *rule oriented*⁶⁵.

Presso gli autori che aderiscono a questa tesi non ha difficoltà a trovare accoglimento l'idea che l'efficacia diretta del GATT e degli altri accordi allegati possa privare la Comunità di forza contrattuale e spazi di manovra nel confronto con gli altri Stati membri OMC in sede contenziosa e vada pertanto negata.

In senso contrario si pongono gli studiosi per i quali l'eventualità che una controversia si risolva in via concordata non inficia la natura giurisdizionale del meccanismo di risoluzione delle controversie proprio dell'Organizzazione Mondiale del Commercio⁶⁶.

⁶⁵ Per tutti si veda J. O. BERKEY, *European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *European Journal of International Law*, 1996, p. 626 ss. In particolare l'Autore sostiene: «Dispute settlement systems do not fall into one of two polar categories, i. e. hard legal or soft political systems, but rather lie along a continuum between the two. Although the DSU has shifted the GATT 94 system towards the legal pole, it is not yet clear where it falls on the continuum. While it certainly has made GATT 94 dispute settlement more legalistic, the DSU does not appear to have replaced all intergovernmental negotiation with strict precedent-based application of GATT 94 law». Di procedura a carattere ibrido in cui «il ruolo degli elementi di tipo conciliativo, ancorchè essere ridotto o soppresso, risulta per qualche verso addirittura potenziato» parla anche A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 593ss.

⁶⁶ Si leggano le opinioni, oltre che del citato G. M. RUOTOLO, di B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6° ed., Napoli, 2002, pag. 430 e T. COTTIER, *Dispute Settlement in the World*

Tale dottrina nota che i tentativi di conciliazione sono previsti in numerose procedure giurisdizionali senza che una siffatta evenienza abbia mai provocato dubbi sulla natura di tali sistemi. La possibilità di ricorrere al negoziato è valutata, di conseguenza, come un valore aggiunto del procedimento piuttosto che un elemento di incertezza, mirando tra le altre cose a ridurre il carico di lavoro dell'organo giudicante.

Perviene alle medesime conclusioni chi ritiene che le consultazioni che avvengono tra le parti in lite prima dell'istituzione del *panel* debbano ritenersi estranee alla vera e propria fase contenziosa.

La negoziabilità del conflitto viene così interpretata quale mero indice del carattere disponibile dei diritti sanciti dagli accordi OMC, per cui la definizione di una controversia in via transattiva costituisce pur sempre la presa d'atto che una violazione si è verificata⁶⁷.

Lo stesso diritto comunitario, viene rilevato, non è estraneo a simili soluzioni, consentendo, pur se a titolo temporaneo, che la non osservanza di una norma convenzionale trovi ristoro monetario⁶⁸.

La diversità delle opinioni che la dottrina offre sulla natura del procedimento di risoluzione delle controversie testimonia l'esistenza di problemi di inquadramento non certo trascurabili.

Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union, in *Common Market Law Review*, 1998, pag. 325.

⁶⁷ «By accepting compensation, the responding Member in a dispute, *in se*, recognises the binding effect of WTO law, since it acknowledges that its legislation or other measures are in breach of WTO law» (G. A. ZONNEKEYN, *The Status of WTO Law in the EC Legal Order. The Final Curtain?*, cit., pag. 123). In conformità si esprime A. DESMEDT, *European Court of Justice on the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, pag. 93 ss.

⁶⁸ L'art. 228, paragrafo 2, del Trattato CE recita: «La Corte di giustizia, qualora riconosca che lo Stato membro in questione non si è conformato alla sentenza da essa pronunciata, può comminargli il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità».

Riteniamo tuttavia che un paio di elementi siano in grado di dimostrare come l'originaria natura *power-oriented* del sistema sia andata dunque a stemperarsi a vantaggio della sua giurisdizionalizzazione.

Il primo argomento è di ordine statistico: nel primo decennio di vigenza (1 gennaio 1995 – 31 dicembre 1994) le richieste di consultazione notificate all'OMC sono state 324 contro le 300 registrate in 47 anni dal GATT nella vecchia versione. Nonostante gli USA e le Comunità coprano insieme la metà del contenzioso, la partecipazione ai procedimenti dei Paesi in via di sviluppo è stata in generale aumento⁶⁹. Questo dato può interpretarsi come prova della crescente fiducia dei Membri OMC in un sistema in grado di costituire un serio temperamento alla regola della forza politica quale parametro esclusivo di composizione degli interessi nelle controversie internazionali.

Il secondo argomento a sostegno della natura *power oriented* riposa sui risultati che si conseguono applicando al *Memorandum di intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nel sistema commerciale multilaterale* le regole di diritto internazionale in materia di interpretazione dei trattati.

All'art. 3, n. 7 questo strumento sancisce che lo scopo perseguito attraverso di esso «[...] è garantire che una controversia possa essere positivamente risolta. Una soluzione reciprocamente accettabile per le parti di una controversia e compatibile con gli accordi contemplati è evidentemente preferibile. In assenza di una soluzione reciprocamente concordata, il primo obiettivo del meccanismo

⁶⁹ Un'analisi del funzionamento delle procedure del *DSU* nei primi dieci anni dalla loro entrata in vigore si può trovare in T. A. ZIMMERMAN, *WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation*, in *Aussenwirtschaft – The Swiss Review of International Economic Relations*, vol. 60 (2005), I, p. 27 ss. Da questo lavoro sono stati estrapolati i dati statistici da noi riportati.

di risoluzione delle controversie è di norma garantire il ritiro delle misure in questione qualora esse risultino incompatibili con le disposizioni di uno degli accordi contemplati. Si dovrebbe ricorrere alle disposizioni in materia di compensazione unicamente qualora il ritiro immediato della misura in questione risulti impraticabile e quale misura provvisoria in attesa che venga ritirata la misura incompatibile con un accordo contemplato [...]»

Alla luce di questa disposizione, un'esegesi delle norme che regolano il contenzioso in sede OMC condotta «in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo fine»⁷⁰ non può trascurare che l'eventuale accordo sulla compensazione è indicato nel Memorandum come soluzione temporanea e di ripiego rispetto alla rimozione della misura nazionale incompatibile con gli accordi OMC. L'efficacia obbligatoria delle norme che regolano gli scambi internazionali non è derogabile neppure nel caso in cui le parti addivengano ad una “soluzione reciprocamente accettabile” del conflitto che le oppone, dovendo ogni eventuale componimento degli interessi confliggenti avvenire comunque in conformità ad esse.

Se l'analisi testuale delle disposizioni dell'Intesa conduce a sminuire l'importanza del “margine di manovra” che la giurisprudenza comunitaria intende conservare in capo alle istituzioni comunitarie, la prassi consegna tuttavia risultati di segno opposto.

⁷⁰ Art. 31, comma 1, della *Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati*

Come è stato notato, gli accordi con cui gli Stati risolvono i conflitti commerciali nelle materie di competenza dell'organizzazione Mondiale del Commercio non presentano una matrice unitaria⁷¹.

Piuttosto, essi possono essere classificati in quattro categorie, con riferimento al rapporto che vengono a stabilire con la disciplina contenuta nella *Dispute Settlement Understanding*.

Al primo gruppo possono ricondursi gli *agreements* conclusi durante la fase delle consultazioni o comunque prima che sia intervenuta la decisione del *panel*. La loro espressa previsione da parte dell'Intesa ne consente la classificazione quali "accordi *infra-ordinem*".

Parimenti tipizzati sono gli accordi conclusi ai sensi dell'artt. 22.2 e 22.8 che differiscono dai primi per il segmento procedurale in cui intervengono, e, almeno con riferimento a quelli conclusi ai sensi del secondo paragrafo della summenzionata disposizione, per il contenuto. In questo caso, infatti, il raggiungimento di un compromesso non risolve il conflitto di interessi insorto ma determina semplicemente gli strumenti di tutela cui la parte che risulti pregiudicata dalle violazioni del diritto OMC può ricorrere fino a quando l'altra non abbia ritirato le misure pregiudizievoli.

Un discorso a parte deve invece dedicarsi alla terza categoria di accordi, identificati dal fatto di essere contemporaneamente *praeter legem* ed *extra-ordinem*.

Come le locuzioni latine stanno a significare, la soluzione transattiva convenuta in questi casi non è contemplata dall'Intesa ma interviene a colmare le lacune presenti nel tessuto normativo di quest'ultima.

⁷¹ Il rilievo può leggersi in A. TANCREDI, *EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'?*, in *European Journal of International Law*, 15 (2004), 5, pag. 933 e ss. Al medesimo Autore si deve anche la classificazione degli accordi riportata nel paragrafo.

Ne sono un esempio gli accordi che i Membri OMC stipulano per risolvere il problema dei rapporti tra la richiesta di applicazione della sospensione di concessioni ex art. 22 DSU e il controllo di conformità previsto dall'art. 21 DSU (c.d. *sequencing problem*).

L'assenza di un coordinamento espresso tra le due norme alimenta la possibilità che la mancata adozione da parte di uno Stato di misure adeguate per dare esecuzione alle decisioni del *Dispute Settlement Body*, se protratta nel tempo, causi un ripetersi all'infinito della procedura di controllo, il che bloccherebbe la possibilità di applicare sanzioni alla parte inadempiente.

Questo esito è scongiurato nella prassi in due modi: concordando la promozione contemporanea tanto della procedura ex art. 21.5 che di quella ex art. 22 con l'impegno a tenere sospesa la seconda sino all'ultimazione della prima⁷², ovvero stabilendo di differire la richiesta di sospensione di concessioni all'esito del controllo di conformità, senza che però si ne possa eccepire lo spirare dei termini decadenziali⁷³.

L'ultimo gruppo di soluzioni negoziate ricorrenti nella prassi si caratterizza non solo per l'assenza di espressa previsione normativa ma addirittura per il contrasto con le disposizioni che regolano la soluzione delle controversie presso l'OMC.

A questa categoria deve sicuramente ascrivere l'*agreement* con cui un Paese si impegna a versare ad un altro una somma di denaro quale risarcimento per la

⁷² V. *Canada-Measures Affecting the Importation of Milk and the Exportation of Dairy Products*, Additional Understanding between Canada and US regarding Procedures under Arts. 21 and 22 of the DSU, WTO Doc. WT/DS103/24.

⁷³ V. *Australia-Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather*, Recourse by the USA to Art. 21.5 of the DSU, WTO Doc. WT/DS126/8.

violazione delle norme OMC compiuta ai suoi danni in cambio del diritto al mantenimento delle misure pregiudizievoli.

Questo tipo di compromesso viola palesemente il principio secondo cui il ritiro delle misure in contrasto con il diritto OMC costituisce un comportamento dovuto, rispetto al quale la *compensation* funge da mero strumento di pressione e temporanea rivalsa.

La tendenza degli Stati a convenire soluzioni negoziate non specificamente contemplate dall'Intesa comporta che al "margine di manovra" che la giurisprudenza comunitaria intende preservare in capo alle istituzioni della CE possa riconoscersi un'importanza senza dubbio più estesa di quella che avrebbe se lo si riconducesse esclusivamente alle opzioni di cui all'art. 22 DSU.

III.4.d Deve decisamente escludersi che il preambolo della decisione 94/800, riguardante la conclusione degli accordi di Marrakech da parte della Comunità, possa influenzare in qualche modo l'applicazione delle norme prodotte nel quadro dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

La volontà comunitaria di limitare l'efficacia sul piano interno degli obblighi nascenti dal diritto OMC ivi esplicitata è irrilevante, avendo trovato espressione nella normativa di esecuzione del trattato e non nelle forme rituali di una riserva, peraltro proibita nel caso di specie⁷⁴. Tutto ciò senza trascurare che il provvedimento menzionato costituisce una fonte di diritto avente rango inferiore rispetto agli accordi internazionali conclusi dalla Comunità, risultando perciò insuscettibile di incidere l'efficacia⁷⁵.

⁷⁴ *Accordo istitutivo dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, art. XVI, par. 5

⁷⁵ Cfr., tra gli altri, G. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al "GATT 1994" gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pag. 407 ss.

III.5 La possibilità che i privati invochino gli accordi OMC nei giudizi celebrati dinanzi alle giurisdizioni comunitarie è stata esplicitamente riconosciuta ricorrendo le condizioni particolari di cui ai casi *Fediol*⁷⁶ e *Nakajima*⁷⁷.

La prima di queste pronunce è intervenuta a seguito del ricorso in annullamento avanzato presso la Corte di Giustizia delle Comunità europee da un'associazione di produttori oleari, la *Fédération de l'industrie de l'houilerie de la CEE (Fediol)* e diretto contro la Decisione 2506/86 della Commissione.

Con tale provvedimento l'istituzione comunitaria si era rifiutata di avviare la procedura di esame ai sensi del Regolamento n. 2641/84 di alcune pratiche commerciali illecite poste in essere dall'Argentina. Queste consistevano nell'applicazione di uno schema differenziato di dazi sui prodotti di soia che pregiudicava le esportazioni di semi rispetto a quelle dei derivati nonché in restrizioni quantitative. Di esse la Fediol aveva denunciato il contrasto con gli artt. III, XI, XX, XXIII e XXXVI del GATT. Nell'atto impugnato, i commissari avevano escluso che questo contrasto sussistesse, ritenendo altresì sprovviste di prova le restrizioni quantitative lamentate.

A parere della Commissione il ricorso avverso la Decisione proposto alla Corte doveva qualificarsi come inammissibile. L'associazione di categoria non era infatti legittimata a censurare l'interpretazione delle norme del GATT contenuta in tale provvedimento, non essendo queste dotate di un grado di precisione tale da potersi ritenere una fonte diretta di diritti per i singoli.

⁷⁶ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 22 giugno 1989, causa 70/87, in *Raccolta*, 1989, pag. 1781 ss.

⁷⁷ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 7 maggio 1991, causa C-69/89, in *Raccolta*, 1991, pag. 2069 ss.

Sul punto i giudici comunitari, pur avendo escluso in precedenti decisioni che talune norme dell'accordo commerciale fossero in grado di produrre effetti diretti, concludevano che questo non costituisse un argomento sufficiente ad impedire che le stesse norme potessero essere richiamate per verificare la natura illecita di una pratica commerciale. Le disposizioni del GATT, infatti, costituivano parte del diritto internazionale richiamato dall'art. 2 del Regolamento n. 2641/84 quale parametro per verificare la legittimità delle suddette pratiche⁷⁸.

Alla luce del principio espresso nel caso *Fediol*, l'Accordo generale sulle tariffe doganali e il commercio può quindi essere fruttuosamente azionato in giudizio quando la disciplina comunitaria faccia espresso rinvio ad esso.

Nel caso *Nakajima*, invece, un'industria giapponese, produttrice di macchine da scrivere e stampanti, lamentava l'applicazione nei propri confronti del regolamento comunitario antidumping n. 2423/1988 del quale chiedeva l'annullamento per violazione del Trattato e delle norme di diritto relative alla sua applicazione. In particolare, deduceva la non conformità dei criteri di calcolo del valore normale delle merci da questo stabiliti con il dettato del codice antidumping del GATT.

Esaminata la questione, i giudici comunitari sottolineavano anzitutto che, in conformità a quanto già stabilito nel caso *International Fruit Company*, l'Accordo generale sulle tariffe doganali ed il commercio dovesse considerarsi vincolante per la Comunità. Dichiaravano altresì che altrettanto vincolante andava ritenuto il codice antidumping, poiché questa disciplina dava attuazione all'art. IV GATT.

⁷⁸ *Fediol*, cit., parr. 19-22 .

Sulla base di queste premesse affermavano che il regolamento comunitario del quale si chiedeva l'annullamento era stato adottato per adempiere agli obblighi internazionali scaturenti dalla partecipazione della CE al sistema multilaterale degli scambi. Ritenevano che ciò fosse in particolare desumibile dai "considerando" contenuti nel preambolo. Concludevano quindi che la Corte, dovendo garantire il rispetto dell'Accordo generale e dei suoi provvedimenti di esecuzione, potesse procedere a verificare l'eventuale contrasto della normativa comunitaria di base con il diritto commerciale internazionale⁷⁹.

Con la sentenza *Nakajima*, dunque, alle disposizioni dell'Accordo generale e di ogni altro strumento collegato viene attribuita l'attitudine a fungere da parametro di legittimità della discipline comunitarie purchè queste siano state emesse allo scopo di procedere alla loro implementazione.

I limiti entro i quali tale principio può operare sono stati fissati dalla decisione assunta dal Tribunale di primo Grado nell'affare *Chiquita*⁸⁰.

Questa sentenza si colloca all'interno dell'articolato contenzioso sulle banane in atto tra l'Europa da un lato e gli Stati Uniti d'America, l'Honduras e il Messico dall'altro durante il quale gli organi istituiti ai sensi della *Dispute Settlement Understanding* avevano dichiarato i Regolamenti n. 2362/98 e n. 1637/98 non conformi agli obblighi assunti dalla Comunità con la partecipazione al GATT e al GATS.

Su tale presupposto, tre società facenti capo ad un importante gruppo dedito alla produzione e commercializzazione di banane avevano promosso un ricorso per far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità ed essere

⁷⁹ *Nakajima*, cit, par. 31.

⁸⁰ Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, sentenza 3 febbraio 2005, causa T-19/01, in *Raccolta*, 2005, pag. II-315 ss.

risarcite del pregiudizio subito dall'applicazione nei loro confronti della predetta disciplina.

A sostegno della propria domanda le ricorrenti avevano invocato le conclusioni raggiunte dai giudici comunitari nel caso *Nakajima*, deducendo che attraverso l'adozione del Regolamento n. 2362/98 la Comunità aveva inteso dare attuazione ad un obbligo particolare assunto nell'ambito dell'OMC e che pertanto il contrasto della normativa comunitaria con gli obblighi discendenti dal sistema commerciale multilaterale potesse essere validamente introdotto in giudizio.

A tal proposito, avevano fornito quattro argomenti a supporto di un'interpretazione estensiva delle fattispecie cui la dottrina *Nakajima* potesse applicarsi.

In primo luogo, le ricorrenti avevano contestato che il controllo di conformità della normativa comunitaria al GATT e agli altri accordi allegati potesse essere limitato alle sole fattispecie in cui l'atto comunitario contenesse un espresso riferimento ad una disposizione degli accordi OMC⁸¹.

Un tale approccio, infatti, avrebbe finito per omologare la giurisprudenza *Nakajima* a quella *Fediol*, subordinando il sindacato giurisdizionale di un atto ad un requisito formale lasciato alla mera volontà dell'autore dell'atto medesimo, in pieno contrasto quindi con i principi dello stato di diritto.

In secondo luogo, avevano sostenuto l'erroneità in punto di diritto della tesi secondo cui la giurisprudenza *Nakajima* potesse essere richiamata nella sole ipotesi in cui l'obbligo contenuto negli accordi OMC fosse formulato in modo

⁸¹ *Chiquita*, cit., par. 93.

positivo sulla base della considerazione per cui qualsivoglia dovere possa essere espresso nella forma di un divieto⁸².

In terzo luogo avevano escluso che, ai fini dell'invocabilità dell'eccezione *Nakajima*, l'obbligo derivante dal diritto OMC dovesse essere stato necessariamente incorporato o trasposto nell'atto comunitario, risultando ciò in contrasto con la precedente giurisprudenza della Corte⁸³.

In ultimo, avevano affermato che non fosse necessario che l'atto comunitario emanato per dare attuazione ad un obbligo OMC avesse questo come proprio unico scopo⁸⁴.

Il Tribunale di Primo Grado, nel verificare l'applicabilità della giurisprudenza *Nakajima* al caso di specie disattendeva completamente le richieste formulate dalle parti ricorrenti.

Interpretando in maniera evidentemente restrittiva i presupposti di applicabilità della giurisprudenza *Nakajima*, i giudici comunitari concludevano infatti che la disciplina dei contingenti tariffari oggetto di contestazione non fosse stata emanata per dare esecuzione ad un obbligo particolare discendente dalla partecipazione delle Comunità al sistema commerciale multilaterale. Questo risultato non poteva ritenersi acquisito a fronte della generica volontà delle istituzioni europee di conformarsi, attraverso il Regolamento dedotto in giudizio, alle norme di diritto del commercio internazionale, pur se testualmente esplicitata.

Più in particolare, il Regolamento n. 2362/98, malgrado emendasse un regime tariffario dichiarato illegittimo dagli organi istituiti ai sensi della *Dispute Settlement Understanding*, non garantiva «la trasposizione nel diritto

⁸² *Chiquita*, cit., par. 96.

⁸³ *Chiquita*, cit., par. 98.

⁸⁴ *Chiquita*, cit., par. 99.

comunitario di regole derivanti da un accordo dell'OMC al fine di conservare l'equilibrio tra i diritti e gli obblighi delle parti di tale accordo». Il medesimo atto era stato emanato in circostanze che «non possono essere paragonate con quelle dell'adozione dei regolamenti antidumping di base nei confronti dei quali è stata applicata la giurisprudenza *Nakajima*»⁸⁵. Esso inoltre non conteneva regole nuove e dettagliate derivanti dagli accordi OMC, ma misure di gestione di contingenti tariffari adottati nell'ambito dell'organizzazione comune dei mercati nel settore delle banane, disciplina questa cui l'applicabilità dell'eccezione *Nakajima* era stata già esclusa in precedenza dalla giurisprudenza comunitaria⁸⁶.

Nella sentenza *Chiquita* viene dunque avvalorata la tesi per cui solo un collegamento espresso e circostanziato tra una fonte comunitaria e il diritto OMC possa legittimare il ricorso alla dottrina *Nakajima*.

Il consolidamento nella giurisprudenza comunitaria di questa posizione trova riscontro nella sentenza del Tribunale di Primo Grado del 14 dicembre 2005 pronunciata nel caso *Fedon*⁸⁷.

Il ricorso ai giudici comunitari era stato promosso da alcune società costrette, per un certo periodo, a corrispondere delle tariffe doganali di importo maggiorato sui propri prodotti diretti al mercato statunitense.

Gli Stati Uniti avevano deciso di applicare una sovrattassa su una serie di merci europee a titolo di contromisura per il mantenimento in vigore, da parte della Comunità, di un regime di importazione delle banane giudicato, nell'ambito dei

⁸⁵ *Chiquita*, cit., par. 168.

⁸⁶ *Chiquita*, cit., par. 169.

⁸⁷ Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, sentenza 14 dicembre 2005, causa T-135/01, consultabile all'indirizzo web www.curia.eu.int.

meccanismi per la risoluzione delle controversie vigenti presso l'OMC, contrario agli accordi che disciplinano il commercio internazionale⁸⁸.

Ritenendo che questa particolare circostanza fosse sufficiente a fondare la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie, le ricorrenti avevano agito in giudizio per ottenere il risarcimento del danno derivato alle loro esportazioni.

I giudici comunitari disattendevano la domanda risarcitoria argomentando che nel caso *Fedon* non ricorressero i presupposti menzionati nella sentenza *Nakajima* per valutare la legittimità di un atto comunitario alla luce del diritto OMC e per derivare da questa operazione conclusioni in ordine alla liceità del comportamento delle istituzioni comunitarie.

A parere del Tribunale di primo grado, non era possibile individuare un obbligo specifico derivante dalla partecipazione al sistema commerciale multilaterale che giustificasse l'emanazione da parte della Comunità dei regolamenti in materia di mercato bananiero. Tutto ciò malgrado il regime CE di importazione delle banane avesse subito nel tempo numerose modifiche, soprattutto a seguito delle controversie che, proprio in seno all'OMC, avevano contrapposto l'Europa comunitaria a Paesi esportatori che si ritenevano discriminati dai criteri con i quali si disciplinavano le quote di ingresso.

Ed infatti, i margini per una soluzione negoziata del contenzioso garantiti dall'Intesa, secondo l'opinione dei giudici comunitari, facevano in modo che nessun obbligo poteva considerarsi discendere per la Comunità dalla decisione

⁸⁸ Decisione WT/DS27/ARB del 9 aprile 1999. Un'esposizione della controversia può leggersi in J. P. TRACHTMAN, *Bananas, Direct Effect and Compliance*, in *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), 4, 655 ss.

del *Dispute Settlement Body* con cui era stato dichiarato il contrasto tra il regime comunitario delle banane e il diritto OMC⁸⁹.

I giudici comunitari rafforzavano le proprie conclusioni notando altresì che il Consiglio, nel disciplinare il mercato comune delle banane, aveva dichiarato di non dare attuazione esclusivamente agli impegni internazionali sottoscritti dalla Comunità nell'ambito dell'OMC, ma anche a quelli assunti nei confronti degli altri firmatari della quarta convenzione di Lomé⁹⁰. La duplice finalità perseguita dalla normativa comunitaria doveva ritenersi ostativa di qualunque efficacia diretta della medesima ai sensi della giurisprudenza *Nakajima*. Al medesimo risultato conduceva il fatto che la suddetta regolamentazione avesse carattere sperimentale e, quindi, una vigenza potenzialmente temporanea^{91 92}.

L'*excursus* giurisprudenziale qui brevemente riportato palesa l'eccessivo rigore formalistico che circonda la prassi applicativa dell'eccezione *Nakajima* nei suoi sviluppi più recenti. Stando a quest'ultima, infatti, la volontà da parte del legislatore comunitario di implementare disposizioni del GATT o degli altri accordi che regolano gli scambi internazionali non ha rilevanza di per sé ma deve il suo concreto riconoscimento alla maniera in cui è espressa nel testo normativo.

La ricostruzione delle motivazioni che hanno giustificato l'adozione di una normativa effettuata secondo il criterio enunciato conduce all'estrema conseguenza di affidare alla piena discrezionalità delle istituzioni comunitarie

⁸⁹ *Fedon*, cit. par. 130.

⁹⁰ *Fedon*, cit. par. 131.

⁹¹ *Fedon*, cit. par. 133.

⁹² Contro tale sentenza la Fedon ha proposto impugnazione. L'appello è stato rigettato dalla Corte di giustizia CE (sentenza 9 settembre 2008, cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, consultabile sul sito web www.curia.eu.int), che ha ritenuto corrette le argomentazioni svolte dal Tribunale di Primo Grado.

la scelta di consentire o meno il sindacato di legittimità del diritto CE alla luce degli accordi OMC essendo queste le sole a poter decidere di conformare l'atto normativo ai requisiti indicati dalla giurisprudenza di cui si è dato conto.

Il test per l'applicazione dell'eccezione *Nakajima* sarebbe maggiormente rispettoso delle esigenze di certezza del diritto se venisse incentrato sul confronto, teleologicamente orientato, tra il tenore della disposizione comunitaria contestata, da un lato, e una specifica disposizione OMC, dall'altro, evitando che un peso decisivo venga conferito a riferimenti testuali.

Su queste basi, deve a maggior ragione ritenersi privo di qualunque giustificazione l'atteggiamento dei giudici comunitari quando espressamente rifiutano, come nell'ultimo dei casi in esame, di svolgere il controllo di legittimità di un regolamento che, nonostante menzioni tra i propri "considerando" la volontà della Comunità di conformarsi alle norme del sistema commerciale multilaterale, sia volto al conseguimento anche di altre finalità.

L'importanza che la giurisprudenza comunitaria conferisce al fatto che l'espressione della volontà di dare esecuzione agli obblighi OMC trovi risalto nella lettera del provvedimento avvicina incredibilmente la valutazione dei presupposti per l'applicazione della "dottrina *Nakajima*" a quella da operarsi per l'"eccezione *Fediol*", aprendo la strada al dubbio che si tratti ancora di fattispecie agevolmente distinguibili.

III.6 La comunità giuridica è da diverso tempo impegnata a ricercare ipotesi di efficacia diretta delle disposizioni OMC ulteriori rispetto alle "eccezioni" *Nakajima* e *Fediol*,

In questo contesto, una particolare attenzione è stata dedicata alla possibilità che gli accordi facenti parte del sistema commerciale multilaterale possano essere invocati in giudizio per far valere il contrasto con essi di disposizioni comunitarie quando la questione sia stata già oggetto di accertamento da parte degli organi istituiti dall'Intesa.

Malgrado diversi accordi internazionali partecipati dalla Comunità prevedano l'istituzione di organismi deliberativi, il Trattato CE manca di disciplinare gli effetti nell'ordinamento comunitario delle decisioni da questi assunte⁹³.

In assenza di riferimenti normativi adeguati, la giurisprudenza comunitaria, affrontando la questione, ha ritenuto che l'efficacia nell'ordinamento CE delle fonti previste da trattato vada valutata alla luce dei medesimi criteri evidenziati per definire l'efficacia dell'accordo che le disciplina⁹⁴.

Con riferimento al diritto OMC, la problematica è venuta in rilievo per la prima volta nel 2002 quando il Tribunale di Primo grado CE si è trovato a decidere il ricorso ex art. 288 CE promosso dalla *Biret International S.A.*⁹⁵.

La società, attiva nel campo del commercio di carni, chiedeva alla Comunità di essere risarcita del pregiudizio sofferto a seguito delle restrizioni imposte nel proprio settore di affari dalla direttiva n. 96/22/EC, contenente il divieto di commercializzare animali vivi o macellati che fossero stati nutriti con sostanze ormonali.

⁹³ Ed infatti, l'art. 300, par. 3 si limita a stabilire la procedura per determinare la posizione da assumere in nome della Comunità in organismi destinati ad adottare decisioni aventi effetti giuridici.

⁹⁴ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 20 settembre 1990, *Sevince*, causa C-192/89, in *Raccolta*, 1990, pag. I-3461, parr. 14ss.

⁹⁵ Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, sentenza 11 gennaio 2002, causa T-174/00, in *Raccolta*, 2002, pag. II- 17 ss.

La direttiva era stata precedentemente ritenuta in contrasto con varie disposizioni dell'Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie dagli organi deputati alla soluzione delle controversie operanti presso il sistema commerciale multilaterale. Malgrado ciò le Comunità avevano deciso di mantenere in vigore il bando, ad onta peraltro delle risultanze desumibili dallo stato della ricerca scientifica sul tema.

La ricorrente sosteneva che nel caso di specie non potesse impedirsi al diritto OMC di fungere da parametro di legittimità del comportamento delle istituzioni comunitarie. Queste ultime, rifiutandosi espressamente di adeguare la propria legislazione al *SPS Agreement*, avevano dimostrato di voler lasciare definitivamente inadempiti i propri obblighi internazionali, venendo così meno l'esigenza di tutelare l'accesso al soluzioni negoziate del contenzioso garantito dall'art. 22 della DSU.

I giudici comunitari, nel decidere il ricorso, non replicavano direttamente a questa argomentazione.

Essi escludevano però che l'Accordo sull'applicazione delle misure sanitarie e fitosanitarie fosse applicabile al caso di specie alla luce delle eccezioni *Nakajima*, e *Fediol*, dato che la disciplina comunitaria antiormoni era stata emanata prima che il trattato fosse concluso e pertanto non poteva considerarsi diretta ad implementarlo⁹⁶.

Chiarivano inoltre che gli effetti della decisione di un organo istituito da un trattato non potessero valutarsi separatamente da quelli delle disposizioni del trattato del quale eventualmente dichiarassero la violazione, citando a sostegno

⁹⁶ *Biret*, cit., par. 64.

di questa conclusione il caso *Atlanta*⁹⁷. In questo modo negavano che la decisione del DSB potesse avere alcuna rilevanza nella fattispecie, essendo stata confutata l'efficacia diretta dell'accordo *SPS* alla cui violazione essa si riferiva⁹⁸.

Contro la decisione di prima istanza, la *Biret* proponeva appello.

Nel giudizio di impugnazione la Corte di Giustizia CE censurava l'operato del Tribunale per non aver sufficientemente argomentato il rigetto dei motivi di ricorso presentati dalla ricorrente.

Rilevava altresì che il richiamo operato dai giudici comunitari alla sentenza resa nel caso *Atlanta* per escludere che si potesse conferire alcuna rilevanza alle decisioni del DSB nella controversia loro sottoposta fosse inconferente.

Nel caso richiamato, infatti, la Corte non aveva esaminato nel merito le argomentazioni della ricorrente relative all'efficacia della decisione del DSB ma si era limitata a dichiarare il motivo irricevibile a causa della sua articolazione tardiva, per essere stato fatto valere per la prima volta in fase di replica.

A questi rilievi i giudici comunitari omettevano però di aggiungere alcuna indicazione circa la possibilità di riconoscere una base giuridica per l'efficacia delle decisioni DSB nei giudizi sulla responsabilità extracontrattuale delle Comunità.

⁹⁷ «In proposito occorre rilevare che la decisione dell'OMC è necessariamente e direttamente legata al motivo relativo alla violazione delle norme del GATT, che la ricorrente ha sollevato dinanzi al Tribunale e non ha ribadito nei motivi del ricorso dinanzi alla Corte. Infatti, una decisione del genere può essere presa in considerazione solo nel caso in cui l'effetto diretto del GATT sia stato dichiarato dalla Corte nell'ambito di un motivo relativo all'invalidità dell'OCM». (Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 14 ottobre 1999, causa C-104/97 P, in *Raccolta*, 1999, pag. I-6983, parr. 19 e 20).

⁹⁸*Biret*, cit., par.

La questione rimaneva pertanto sostanzialmente insoluta per riproporsi, alcuni anni dopo, nell'affare *Van Parys*⁹⁹.

La domanda di pronuncia pregiudiziale indirizzata nell'occasione alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee verteva in quella circostanza sulla compatibilità con gli art. I e XIII del GATT 1994 del regime comunitario di importazione delle banane, con particolare riferimento ai contingenti per l'ingresso del prodotto nel mercato comunitario stabiliti in base alla provenienza¹⁰⁰.

La non conformità di tale regolamentazione con gli obblighi derivanti dal sistema commerciale multilaterale era stata già oggetto di accertamento da parte di un *panel* istituito presso l'OMC su richiesta della Repubblica dell'Ecuador, la cui relazione era stata adottata dall'Organo per la soluzione delle controversie il 6 maggio 1999.

Nell'affrontare la questione sottoposta, la Corte di Giustizia delle Comunità europee richiamava le conclusioni raggiunte nella decisione *Portogallo c. Consiglio* secondo cui «tenuto conto della loro natura e della loro economia, gli accordi OMC non figurano in linea di principio tra le normative alla luce delle quali la Corte controlla la legittimità degli atti delle istituzioni comunitarie».

⁹⁹ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 1 marzo 2005, causa C-377/02, in *Raccolta*, 2005, pag. 1465 ss.

¹⁰⁰ L'art. 6, n. 2 del Regolamento 404/93 come modificato dal regolamento n. 1637/98 così definiva i contingenti: « 1) "importazioni tradizionali dai paesi ACP" le importazioni nella Comunità di banane originarie degli Stati elencati nell'allegato, limitatamente ad un volume annuo di 857.700 tonnellate (peso netto); tali banane sono denominate "banane ACP tradizionali";

2) "importazioni non tradizionali dai paesi ACP" le importazioni nella Comunità di banane originarie degli Stati ACP i quali non rientrano nella definizione di cui al punto 1); tali banane sono denominate "banane ACP non tradizionali";

3) "importazioni dagli stati terzi non ACP" le banane importate nella Comunità, originarie di Stati terzi diversi dagli Stati ACP; tali banane sono denominate "banane di Stati terzi";».

Quindi, i giudici comunitari passavano a considerare più in particolare il sistema di soluzione delle controversie istituito presso il sistema commerciale multilaterale, soffermandosi sul ruolo in esso attribuito al negoziato tra le parti. A riguardo notavano che, malgrado il ritiro delle misure illegittime restasse l'obiettivo primario, l'art. 22 dell'Intesa individuava nella compensazione e nella sospensione di concessioni misure alternative e temporanee in attesa che questo risultato si realizzasse.

Rilevavano altresì che, ai sensi della medesima disposizione, la controversia restasse iscritta all'ordine del giorno del DSB fino a quando non fosse stata definita con l'abolizione della misura giudicata incompatibile o il raggiungimento di una soluzione reciprocamente soddisfacente.

Prendevano infine atto che il ricorso alle procedure contenziose previste dall'Intesa era inoltre espressamente consentito in caso di disaccordo sulla validità dei provvedimenti adottati da uno Stato per adeguare il proprio ordinamento al diritto OMC.

L'insieme di questi riferimenti induceva la Corte ad escludere che gli organi giurisdizionali delle parti contraenti fossero tenuti a disapplicare il diritto interno in contrasto con gli obblighi assunti nell'ambito dell'Organizzazione Mondiale del Commercio, anche quando la non conformità avesse trovato sanzione in una decisione assunta dal DSB.

Ciò avrebbe infatti avuto la conseguenza di sottrarre agli organi legislativi o esecutivi delle Parti medesime la possibilità di raggiungere, sia pure su base provvisoria, le soluzioni negoziate surriferite.

Argomentazioni analoghe sono state sviluppate dal Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee nella decisione resa nel già citato affare *Chiquita*¹⁰¹, malgrado i giudici comunitari rilevassero che nell'occasione la questione non fosse stata sollevata dalla ricorrente in maniera autonoma rispetto alla questione relativa all'applicazione della giurisprudenza *Nakajima*.

Premesse le riflessioni riguardanti l'art. 22 della *Dispute Settlement Understanding* svolte dalla Corte in *Van Parys*, essi concludevano che, a meno di non privare di effetto l'art. 21, n. 6 dell'Intesa, il controllo della legittimità degli atti comunitari alla luce delle norme degli Accordi allegati doveva escludersi finchè non fosse stata risolta la questione dell'applicazione delle decisioni del *Dispute Settlement Body*, incluso quanto previsto dall'art. 22, n. 8 della DSU.

La dottrina ha fornito letture discordanti dei riferimenti normativi sui quali si basano le decisioni succitate, con ovvie ripercussioni sul giudizio relativo all'operato della Corte e del Tribunale CE.

In alcuni casi l'interpretazione del quadro giuridico di riferimento effettuata dalla giurisprudenza comunitaria è stata oggetto di rilievi volti a screditarne completamente la valenza¹⁰².

E' stato sostenuto in particolare che un'interpretazione sistematica delle disposizioni della *Dispute Settlement Understanding* non può che condurre alla conclusione che le decisioni del *panel* e dell'Organo di appello abbiano carattere vincolante, trovandosi espressamente stabilito che «provision of compensation should be resorted to only if the immediate withdrawal of the

¹⁰¹ *Chiquita*, cit., v. nota 63.

¹⁰² S. GRILLER, *Enforcement and Implementation of WTO Law in the European Union*, in F. BREUSS, S. GRILLER, E. VRANES (EDS.), *The Banana Dispute. An Economic and Legal Analysis*, Vienna, 2003, pag. 247 ss., in particolare l'argomento è affrontato a pag. 273 ss.

measure is impracticabile and as a temporary measure», che «prompt compliance with recommendations or rulings of the DSB is essential» e dovendosi coordinare queste indicazioni con l'obbligo contenuto all'Articolo XVI del trattato istitutivo dell'OMC, in virtù del quale ciascuno Stato Membro «shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements».

In quest'ottica, l'accesso a forme di compensazione deve intendersi quale alternativa alla sospensione di concessioni e non all'implementazione delle decisioni del *Dispute Settlement Body*.

Altrove, invece, le argomentazioni della Corte e del Tribunale di Primo grado delle Comunità europee in materia di efficacia delle decisioni del DSB sono state sostenute e rafforzate sulla base della considerazione che le deliberazioni degli organi politici e giurisdizionali internazionali solo eccezionalmente sono dotate di efficacia diretta¹⁰³.

Ciascuna delle posizioni riferite ha il merito di sottolineare un aspetto del problema dell'efficacia delle decisioni del DSB.

La prima avverte che i riferimenti desumibili dai testi convenzionali chiaramente depongono in favore della natura vincolante dei *report* del *panel* e dell'*Appellate Body*. La seconda pone al centro dell'attenzione il fatto che l'obiettivo di implementazione di quelle decisioni non può raggiungersi senza la collaborazione dello Stato destinatario.

¹⁰³ A. VON BOGDANDY, *Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC*, in *Journal of World Trade*, 39, 1, 2005, pag. 45 ss.

Dal confronto tra le due tesi possono derivarsi elementi utili all'elaborazione di soluzioni che tengano maggiormente conto della complessità della problematica, finendo per essere necessariamente più articolate.

Una di queste, ben nota, muove dalla considerazione che, una volta che sia intervenuta una decisione del DSB, la discrezionalità dei Membri OMC nel darvi attuazione non è illimitata. Ed infatti, l'accesso a rimedi quali la sospensione di concessioni è soggetto ad autorizzazione espressa ed è esclusa in ogni caso la possibilità che tra le parti vengano raggiunte soluzioni negoziate non compatibili con gli accordi OMC.

Ciò premesso, il ridotto potere discrezionale di cui godono gli Stati in questa fase non potrebbe essere pregiudicato dal riconoscimento dell'efficacia diretta del diritto OMC limitato ai giudizi per il risarcimento del danno da responsabilità extracontrattuale della Comunità.

La domanda risarcitoria, infatti, non è volta a sollecitare l'adozione di azioni specifiche da parte delle istituzioni comunitarie, limitandone il "margine di manovra" delle istituzioni comunitarie, bensì all'accertamento dell'omessa osservanza di norme.

La limitazione dell'efficacia diretta del diritto OMC ai soli casi di ricorso ex art. 288 del Trattato CE non tiene però in debito conto del fatto che lo "scope for manouvre" che la giurisprudenza comunitaria intende conservare intatto in capo alle istituzioni CE, in assenza di espresse limitazioni, deve ritenersi integrato tanto da comportamenti attivi, quanto da comportamenti omissivi, ivi incluso il rifiuto di assolvere ad obblighi convenzionalmente assunti.

Appare quindi maggiormente persuasivo ricavare dalle stesse indicazioni fornite dai giudici comunitari nelle sentenze i margini di efficacia diretta del

diritto OMC in presenza di una decisione assunta dal DSB sulla materia controversa.

Da questo punto di vista, anche alla luce della decisione resa nel caso *Van Parys*, riteniamo che gli Accordi OMC possano essere validamente azionati in giudizio da parte dei privati quando il termine per l'implementazione di un *report* adottato dal *Dispute Settlement Body* sia scaduto e la Comunità abbia mancato di adottare alcuna iniziativa in merito, specie a fronte dell'applicazione di eventuali contromisure ad opera delle controparti commerciali. In questo caso, infatti, l'esigenza di salvaguardare gli spazi negoziali garantiti dall'Intesa per la soluzione delle controversie viene privata della sua ragion d'essere dalla totale inazione degli organi comunitari competenti¹⁰⁴.

Quando non ricorra tale ipotesi è la stessa sentenza *Chiquita* a chiarire, come già riferito, che «il giudice comunitario, a meno di provare di effetto l'art. 21 n. 6 del MRD non può esercitare un controllo sulla legittimità degli atti comunitari in questione [...] finchè non sia risolta la questione dell'applicazione delle raccomandazioni o decisioni dell'OCC [...]»,

¹⁰⁴ Cfr. G. GATTINARA, *On Dice and Doors: WTO Dispute Settlement Decisions in the System of Judicial Protection of the European Union*, in A. DEL VECCHIO (ED.), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, 2006, pag. 233 ss. Nell'ottica dell'Autore «[...] the position of the ECJ and of the CFI [...] seems to be tightly linked with the assumption that, faced with a DSB adopted report, the EC decides to enact WTO-consistent EC measures and to find mutually advantageous solutions with other WTO Members. [...] This situation of total inactivity could correspond, in the present author's view, to what had been indicated by Cottier as "the most flagrant violation of international law" consisting of deliberateky ignoring DSB decisions» (pag. 267 e 268). Non riteniamo quindi possa darsi credito alla tesi secondo cui lo spazio per soluzioni negoziate sussista incondizionatamente dopo una decisione del DSB, come sembra desumersi da D. DE MEY, *The Effect of WTO Dispute Settlement Rulings in the EC Legal Order: Reviewing Van Parys v. Belgische Interventie – en Restitutiebureau (C-377/02)*, in *German Law Journal*, vol. 6 (2005), 6, pag. 1025 ss.

implicitamente avallando la produzione effetti diretti una volta che questa condizione sia realizzata¹⁰⁵.

Al di fuori dei casi elencati, le decisioni del *Dispute Settlement Body*, sin dalla loro adozione, costituiscono sempre una guida ermeneutica che il giudice comunitario deve tenere in considerazione quando si trovi ad interpretare le disposizioni dell'ordinamento CE in maniera conforme al diritto OMC¹⁰⁶.

III.7 Un ultimo ambito in cui potrebbe esprimersi l'efficacia diretta del diritto OMC può individuarsi nei giudizi volti a far valere la responsabilità contrattuale della Comunità per danni derivanti da atto lecito.

In questo contesto, infatti, a differenza che nella responsabilità da illecito, la tutela dell'interesse privato non impone che il diritto OMC venga utilizzato quale parametro per valutare la legittimità dei comportamenti delle istituzioni europee, ipotesi questa che, come si è visto, incontra la riluttanza dei giudici comunitari.

Le condizioni per l'insorgenza in capo alla Comunità della responsabilità da atto lecito sono tuttavia assai rigorose e devono essere provate dalla parte che intende avvalersene. Esse possono trovarsi esaustivamente elencate nella decisione resa dal Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee nell'affare *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*^{107 108}.

¹⁰⁵ La soluzione è ripresa anche in F. DI GIANNI, R. ANTONINI, *DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC Courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO System has Come to an End?*, in *Journal of World Trade*, 40, 4, 2006, pag. 777 ss.

¹⁰⁶ Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 21 gennaio 1993, *Deutsche Shell*, causa C-188/91, in *Raccolta*, 1993, pag. I-00363.

¹⁰⁷ Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, sentenza 28 aprile 1998, causa T-184/95, in *Raccolta*, 1998, pag. II-00667.

Nell'occasione, una società di consulenza ingegneristica di diritto tedesco agiva assumendo di essere stata pregiudicata dall'adozione del regolamento comunitario n. 2340/90. Questo era stato emanato per dare esecuzione alla risoluzione n. 661 (1990) del Consiglio di Sicurezza dell'ONU che imponeva un embargo ai danni dell'Iraq a seguito dell'invasione del Kuwait avvenuta nell'agosto del 1990.

In conseguenza di tale provvedimento, le autorità irachene avevano emanato a titolo di rappresaglia la Legge n. 57, che congelava sul suo territorio le proprietà riconducibili a stati o enti privati ritenuti nemici.

La ricorrente sosteneva che l'adozione della normativa comunitaria, scatenando le contromisure irachene, le avrebbe impedito la riscossione di alcuni crediti vantati verso il governo di Bagdad per l'opera prestata nella costruzione di alcune reti viarie.

Il carattere definitivo del pregiudizio subito dalla società tedesca ha rappresentato il primo presupposto sulla base del quale il diritto della ricorrente ad ottenere il risarcimento del danno è stato valutato dai giudici comunitari.

A riguardo, il Tribunale ha chiaramente escluso la sussistenza di tale condizione a fronte della impossibilità solo temporanea di ottenere la

¹⁰⁸ Un *excursus* delle altre pronunce rese in argomento dalle giurisdizioni comunitarie può leggersi in C. U. SCHOUSBOE, *The concept of damage as an element of the non contractual liability of the European Community*, in *RETTID 2003/Studenterafhending 3* (consultabile alla pagina web: <http://www.rettid.dk/artikler/2003.afh-3.pdf>).

prestazione dovuta¹⁰⁹ ovvero in caso di mancato azionamento degli strumenti espressamente convenuti dalle parti per risolvere l'eventuale contenzioso¹¹⁰.

Il Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee ha chiarito altresì che, ai fini del risarcimento, il danno da atto lecito, oltre che definitivo deve essere anche “abnorme e speciale”, intendendosi con ciò che esso deve incidere su di una particolare categoria di operatori economici in maniera sproporzionata rispetto agli altri nonché esorbitare dalla soglia di rischio economico correlata all'operatività in un determinato settore d'affari¹¹¹.

Ciò premesso, i giudici comunitari hanno escluso che un tale pregiudizio possa trovare riscontro in caso di investimenti che, quale quello realizzato dalla società tedesca, risultano effettuati senza la copertura di adeguate garanzie in Paesi ad “alto rischio”.

Un ulteriore presupposto essenziale ai fini del riconoscimento della responsabilità “senza colpa” della Comunità è stato ovviamente identificato dai giudici nell'esistenza di un nesso causale tra l'adozione dell'atto comunitario e il danno. Questo profilo è stato oggetto di rigida valutazione nel caso *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft* al punto da ritenere che l'adozione da parte delle istituzioni comunitarie di un atto necessitato dall'esigenza di dare esecuzione alle risoluzioni del Consiglio di sicurezza ONU, in assenza di mezzi alternativi a disposizione degli Stati membri, non possa considerarsi quale causa del

¹⁰⁹ I giudici notano infatti, come la Legge 57, individuata dalla società ricorrente quale base giuridica del rifiuto da parte del governo iracheno di versare i compensi di cui era debitore, non fosse più in vigore al momento in cui l'azione per far valere la responsabilità extracontrattuale della Comunità era stata proposta (*Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*, cit., par. 65).

¹¹⁰ *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*, cit., par. 66.

¹¹¹ *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*, cit., par. 80.

pregiudizio lamentato dalla ricorrente, dovendo quest'ultima individuarsi nei provvedimenti adottati dall'organizzazione a carattere universale¹¹².

Pur sussistendo i requisiti sopraelencati, il diritto al risarcimento sarebbe parimenti escluso, stando alle argomentazioni del Tribunale, nel caso l'atto comunitario fosse volto al perseguimento di interessi generali di ordine superiore. Al novero di questi interessi i giudici ascrivono quello del mantenimento della pace e sicurezza internazionale perseguito dal regolamento 2340/90 mediante l'imposizione di sanzioni economiche ai danni di uno Stato invasore.

La decisione resa nel caso *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft* dimostra come, per i privati lesi nei propri interessi commerciali dall'omessa implementazione degli obblighi OMC, la disponibilità del risarcimento per danni da atti leciti posti in essere dalla Comunità rischi di restare su di un piano di mera astrazione, essendo particolarmente difficile che una fattispecie concreta soddisfi contemporaneamente tutti i presupposti fissati dai giudici comunitari e che il ricorrente sia in grado di fornirne prova in linea con i severi standard fissati in argomento.

III.8 A mitigare la ristretta possibilità che il diritto OMC sia direttamente applicabile in giudizio su richiesta degli individui vi è il principio affermato dai giudici comunitari secondo cui gli atti delle istituzioni comunitarie e la stessa legislazione nazionale devono essere interpretati in modo da garantirne la conformità con gli accordi che regolano il sistema commerciale multilaterale.

Le convenzioni internazionali concluse dalla Comunità costituiscono parte integrante dell'ordinamento giuridico comunitario e pertanto, rientrano nella

¹¹² *Dorsch Consult Ingenieurgesellschaft*, cit., par. 74

competenza interpretativa della Corte e del Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, entrambi chiamati ad evitare il verificarsi di «distortions in trade within the Community, as a result of differences in the manner in which the agreements [...] were applied in the various Member States»¹¹³.

Dal punto di vista gerarchico, queste fonti si collocano ad un livello inferiore rispetto ai Trattati istitutivi ma in posizione sovraordinata rispetto alle norme derivate.

La conseguenza sul piano esegetico di tale assunto è stata in più occasioni individuata dalla giurisprudenza comunitaria nella necessità che, quando una norma di diritto comunitario o nazionale sia suscettibile di più interpretazioni, va preferita per quanto possibile quella maggiormente rispettosa degli obblighi internazionali convenzionalmente assunti¹¹⁴.

Con riferimento agli accordi OMC, lo strumento dell'interpretazione conforme ha conosciuto una duplice modalità di impiego.

Ad esso si è fatto anzitutto riferimento in funzione ausiliaria.

In questi casi i giudici comunitari risolvono la questione interpretativa loro sottoposta esclusivamente alla luce del diritto CE e solo successivamente fanno ricorso alle disposizioni degli accordi OMC per confermare la correttezza delle conclusioni cui sono pervenuti.

Un esempio in tal senso può ricavarsi dal caso *Werner*¹¹⁵, laddove la Corte di Giustizia delle Comunità europee è stata chiamata a stabilire se

¹¹³ Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 16 marzo 1983, *Amministrazione delle finanze dello Stato c. Società Petrolifera Italiana*, cause riunite 267-269/81, in *Raccolta*, 1983, pag. 801 ss., par. 14.

¹¹⁴ V. Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 14 luglio 1998, *Bettati c. Safety Hi-Tech Srl*, causa C-341/95, in *Raccolta*, 1998, pag. I-04355.

¹¹⁵ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 17 ottobre 1995, causa C-70/94, in *Raccolta*, 1995, pag. I-03189.

l'autorizzazione imposta dall'ordinamento tedesco per l'esportazione di forni sottovuoto verso la Libia - autorizzazione negata alla società ricorrente per ragioni di sicurezza nazionale - costituisse una restrizione quantitativa la cui legittimità dovesse essere verificata alla luce dell'art. 11 del Regolamento del Consiglio n. 2603 del 20 dicembre 1969 in materia di esportazione di merci verso paesi terzi¹¹⁶.

Al quesito i giudici comunitari hanno dato risposta positiva.

Sono giunti a questo risultato interpretando in maniera estensiva la nozione di "politica commerciale comune" riferita all'art. 113 del Trattato CE, disposizione su cui si fondava il regolamento emanato dal Consiglio, e concludendo che potesse sottoporsi a sindacato qualunque provvedimento che avesse l'effetto di impedire o restringere l'esportazione di determinati prodotti. Ciò ancorché la misura in questione fosse sorretta da ragioni di politica estera e sicurezza. Un'interpretazione restrittiva della norma avrebbe infatti rischiato di creare disparità di trattamento suscettibili di perturbare il mercato intracomunitario.

Premessa questa considerazione, gli stessi giudici hanno quindi confermato la valenza del risultato esegetico ottenuto trovandolo in linea con il contenuto dell'art. XI del GATT.

Alla *consistent interpretation* la giurisprudenza comunitaria ha fatto talvolta ricorso anche per pervenire direttamente alla decisione dei ricorsi ad essa indirizzati.

¹¹⁶ La norma recita: «senza pregiudizio di altre disposizioni comunitarie, il presente regolamento non è di ostacolo all'adozione od all'applicazione, da parte degli Stati membri, di restrizioni quantitative all'esportazione giustificate da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale o commerciale».

Ciò è avvenuto, tra l'altro, nell'affare *Commissione c. Germania* in materia di importazione di prodotti lattiero-caseari¹¹⁷.

Nel caso di specie la Commissione delle Comunità europee aveva presentato un ricorso per inadempimento contro la Germania.

Allo Stato membro si contestava di aver autorizzato l'importazione di derivati del latte in regime di perfezionamento attivo, con valore di dogana inferiore ai prezzi minimi stabiliti dal relativo accordo concluso dalla Comunità nel quadro del GATT. Questo comportamento avrebbe violando, oltre che gli impegni comunitari assunti sul piano internazionale, anche il regolamento del Consiglio n. 1999 del 16 luglio 1985.

Nelle proprie difese il governo tedesco aveva obiettato l'inapplicabilità al suo caso delle restrizioni che si presumevano violate. A tal fine aveva richiamato la circostanza che le propri importazioni fossero avvenute in regime di sospensione, potendo quindi beneficiare di quanto previsto dall'art. 16 del regolamento della Commissione 2228/91, secondo cui «Quando si ricorra al sistema della sospensione, il vincolo al regime di merci non comunitarie comporta la disapplicazione delle misure specifiche di politica commerciale all'importazione previste per tali merci».

I giudici comunitari escludevano la fondatezza dell'obiezione tedesca rilevando che la deroga di cui all'art. 16 del regolamento 2228/91 doveva intendersi riferita alla disapplicazione delle sole misure di politica commerciale poste a tutela del mercato comunitario, come poteva desumersi dal fatto che fosse destinata ad avvantaggiare prodotti che non stazionavano nella CE ma venivano riesportati.

¹¹⁷ Corte di Giustizia delle Comunità europee, sentenza 10 settembre 1996, causa C-61/94, in *Raccolta*, 1996, pag. I-03989.

La fissazione di prezzi minimi all'importazione da parte dell'accordo concluso nel quadro del GATT aveva invece una finalità più ampia.

Questa era stata effettuata allo scopo di evitare che il regime di stabilizzazione del mercato mondiale dei prodotti lattiero caseari potesse essere perturbato da esportazioni a prezzi eccessivamente bassi ad opera di Stati che non ne fossero parte.

Sulla scorta di tali considerazioni, il richiamato art. 16 andava quindi interpretato, in conformità agli obblighi internazionali assunti dalla Comunità, nel senso che anche in regime di sospensione, esso non esentava le merci assoggettate nella Comunità al regime del perfezionamento attivo dal vincolo dei prezzi minimi alla dogana.

Proprio con riferimento ai casi in cui l'interpretazione conforme è impiegata dai giudici in via diretta e non *ad adiuvandum* assume particolare rilievo la questione dei limiti che l'operazione esegetica incontra. Infatti, più ampia è l'opportunità di ricorso a tale strumento, maggiori sono le possibilità che gli interessi commerciali privati trovino tutela alla luce degli obiettivi di liberalizzazione degli scambi perseguiti nel contesto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

In materia, i giudici comunitari non si sono mostrati prodighi di indicazioni, limitandosi a segnalare che la *consistent interpretation* debba sostanzialmente aver luogo "per quanto possibile".

Tutto quello che può ricavarsi da questa scarsa indicazione è che il potere conferito all'interprete di stabilire sino a che punto la lettera della disposizione comunitaria o nazionale possa essere forzata a vantaggio degli implementazione degli obblighi derivanti dal diritto OMC non è illimitato, dovendosi escludere che questo si accompagni alla facoltà di pervenire a

risultati esegetici che contraddicano il dato testuale (c.d. “interpretazione *contra legem*”), disapplicandolo o emendandolo in tutto o in parte¹¹⁸.

A questa conclusione è possibile pervenire sulla scorta del dato incontestabile che il suddetto tipo di interpretazione non è in concreto praticabile.

Ed infatti, la teoria generale del diritto insegna che l’attività esegetica è un’operazione volta a rimuovere l’ambiguità di senso di un enunciato normativo in un contesto in cui l’oggetto dell’esegesi, che è dato da un testo, è definito “disposizione” mentre i vari significati da esso desumibili sono detti “norme”.

In situazioni in cui ci si confronti con testi normativi diversi e gerarchicamente ordinati, quale è il caso degli accordi promossi nel quadro dell’OMC rispetto alla normazione comunitaria secondaria, l’esegesi assume caratteri particolari: la necessità di evitare antinomie di sistema, vieta che si ricavi dalla disposizione gerarchicamente subordinata una norma in conflitto con un’altra ricavabile dalla disposizione gerarchicamente sovraordinata (c.d. “interpretazione adeguatrice”).

Per via interpretativa, dunque, il contrasto tra le fonti è impedito sul piano delle norme, non su quello delle disposizioni. Qualsiasi operazione che pretenda di

¹¹⁸ Un problema simile si è posto con riferimento all’interpretazione del diritto interno in conformità alle direttive comunitarie. Sul punto segnaliamo, in giurisprudenza, *ex multis*: Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 10 aprile 1984, *Von Kolson e Kamann*, causa 14/83, in *Raccolta*, 1983, pag. 1891 ss.; Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 25 febbraio 1999, *Carbonari*, causa C-131/97, in *Raccolta*, 1999, pag. I-1103 ss. e l’interessantissima Corte di giustizia delle Comunità europee, sentenza 13 novembre 1990, *Marleasing*, causa C-106/89, in *Raccolta*, 1990, pag. I-4135 ss. Per la dottrina v. D. CURTIN, *The decentralized Enforcement of Community Law and National Law*, in *Essays for Hon. Mr. Justice T. F. O’ Higgins* (1992), 40; G. STROZZI, *Diritto dell’Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2001, 193 ss.; F. REGALDO, *Il caso Faccini Dori: un’occasione perduta?*, in *Riv. civ.*, 1996, II, 65; C. PLAZA MARTIN, *Furthering the Effectiveness of the E. C. Directives and the Judicial Protection of Individual Rights Thereunder*, in *International Law Quarterly*, 1994, 26.

garantire la conformità del diritto comunitario agli obblighi internazionalmente assunti incidendo di fatto sull'enunciato normativo e non sul suo significato non è "interpretazione" e quindi non rientra nell'attività che nella riferita sentenza *Commissione c. Germania* trova svolgimento.

III.9 Il panorama giurisprudenziale sin qui illustrato evidenzia che gli spazi per il riconoscimento dell'efficacia diretta del diritto OMC nell'ordinamento giuridico comunitario risultano assai ristretti.

L'esigenza di tutelare il margine di manovra delle istituzioni comunitarie nel raggiungimento di soluzioni negoziate del contenzioso commerciale ne è la causa principale.

Assolutamente strumentale ad essa è l'interpretazione del sistema OMC fornita dai giudici comunitari ed il peso da questi accordato alla reciprocità e alla flessibilità quali suoi caratteri distintivi. Elementi che, nello stato corrente della disciplina, non sembrano trovare pieno riscontro.

La prassi sviluppatasi in relazione all'applicazione dell'eccezione *Nakajima* dimostra altresì che gli stessi presupposti in base ai quali il diritto OMC può essere eccezionalmente azionato nei giudizi comunitari, a fronte di una netta affermazione iniziale, vedono progressivamente ridotta la loro portata.

Lo stesso obbligo di interpretazione conforme non sembra avere un ambito di applicazione tale da sopperire ai bisogni di tutela degli operatori commerciali, non potendo trovare esplicazione nei casi di contrasto evidente tra la disposizione comunitaria da interpretare e le corrispondenti norme OMC.

Ai fini della nostra indagine, le riflessioni che precedono sono sufficienti ad escludere che l'integrazione comunitaria, malgrado le sue radici eminentemente economiche, possa costituire un ambito di elezione per la tutela

giurisdizionale degli interessi privati incidenti nelle materie di competenza dell'Organizzazione Mondiale del Commercio.

CAPITOLO IV

LA TUTELA DEGLI INTERESSI PRIVATI ATTRAVERSO LA PROTEZIONE DIPLOMATICA

Sommario: **IV. 1** Introduzione. – **IV.2** Caratteri generali della protezione diplomatica e sua applicazione alle persone fisiche. – **IV.3** La protezione diplomatica delle persone giuridiche. – **IV.4** I problemi connessi alla tutela internazionale delle imprese multinazionali. – **IV.5** Il presupposto del previo esaurimento dei ricorsi interni. – **IV.6.** L'irrelevanza delle c.d. *clean hands*. – **IV.7** La disciplina comunitaria del *Trade Barriers Regulation*. – **IV.7.a** I problemi applicativi di maggior rilievo sollevati dal TBR. – **IV.7.b** La nozione di “interesse comunitario” come presupposto per l'adozione di misure di contrasto agli ostacoli agli scambi. – **IV.7.c** Il controllo giurisdizionale sui provvedimenti adottati ai sensi dello strumento di politica commerciale. – **IV.7.d** TBR e richiesta informale di protezione diplomatica alle

istituzioni comunitarie. **IV.8** Riflessioni conclusive sull'attualità dell'istituto della protezione diplomatica.

IV.1. Come è noto dalle considerazioni svolte in apertura del nostro lavoro, La sanzione di comportamenti che integrino la violazione di disposizioni del sistema commerciale multilaterale è affare sottoposto alla giurisdizione esclusiva del meccanismo di risoluzione delle controversie istituito dalla *Dispute Settlement Understanding*¹¹⁹.

Le suddette procedure, tuttavia, sono riservate unicamente alla soluzione del contenzioso interstatale. In capo agli operatori commerciali privati non sussiste quindi alcuna legittimazione a ricorrervi; qualora aspirino ad ottenere tutela attraverso di esse devono demandare al proprio Paese di provenienza la loro attivazione nell'esercizio delle facoltà connesse alla protezione diplomatica.

Il presente capitolo sarà dedicato proprio all'analisi dei presupposti di applicazione di questo istituto e dei margini di tutela che riesce a garantire nella sua interazione con il sistema OMC.

¹¹⁹ L'art. 23 dell' *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* recita:

«1. Nel cercare di ottenere riparazione di una violazione di obblighi o di un altro annullamento o pregiudizio dei benefici previsti dagli Accordi contemplati [...] i Membri utilizzano e rispettano le norme e procedure della presente Intesa.

2. In tali casi i Membri:

- a) non concludono che si è verificata una violazione, che sono stati annullati o pregiudicati benefici o che è stato impedito il conseguimento di un obiettivo degli Accordi contemplati se non facendo ricorso alla procedura di risoluzione delle controversie conformemente alle norme e procedure della presente Intesa [...];
- b) seguono le procedure di cui all'art. 21 per stabilire il periodo ragionevole entro il quale il Membro interessato può applicare le raccomandazioni e le decisioni; e
- c) seguono le procedure di cui all'art. 22 per stabilire il livello della sospensione delle concessioni o di altri obblighi [...].».

Nonostante gli interessi economici tutelati sul piano internazionale pertengano principalmente ad enti collettivi, e quindi a soggetti muniti della veste di persone giuridiche, la nostra analisi dovrà fare necessariamente riferimento anche all'esercizio della protezione diplomatica a vantaggio di persone fisiche, per l'esistenza di reciproche influenze e profili di disciplina comuni. In entrambi i casi si farà costantemente riferimento alla prassi internazionale sviluppatasi in materia e al Progetto di articoli approvato dalla Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite nel 2006¹²⁰.

IV.2 La protezione diplomatica può definirsi come la tutela che un soggetto di diritto internazionale garantisce ad una persona fisica o giuridica in conseguenza del pregiudizio ad essa causato da un altro soggetto di diritto internazionale che abbia mancato di assolvere agli obblighi di comportamento su di esso incombenti.

L'assetto di interessi regolato nella fattispecie presenta quindi tradizionalmente una struttura triangolare, vedendo coinvolti, su posizioni diverse, il privato leso nella sua sfera giuridica, il suo Stato di provenienza e il soggetto che, attraverso il proprio contegno, ha causato il danno¹²¹.

¹²⁰ UN. Doc. A/61/10, destinato a confluire in *Yearbook of the International Law Commission*, 2006, vol. II, Part Two. Con risoluzione n. 62/67 adottata il 6 dicembre 2007 (UN Doc. A/Res/62/67) l'Assemblea generale delle Nazioni Unite ha deciso di includere nell'ordine del giorno provvisorio della 65ma sessione di suoi lavori (2010) il dibattito sulla possibilità di pervenire ad una convenzione internazionale sulla protezione diplomatica sulla base del testo elaborato dall'*International Law Commission*.

¹²¹ Si veda sul punto W. K. GECK, *Diplomatic Protection*, in R. BERNHARDT (ED.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (1992), p. 1045ss.

Il compimento di un illecito internazionale è utile a distinguere l'istituto in questione dalle attività di mera promozione degli interessi dei propri cittadini all'estero che ciascun Paese normalmente pratica attraverso i suoi organi^{122 123}. Riteniamo infatti che la proposta di una nozione assolutamente lata di protezione diplomatica, quale «action d'un gouvernement auprès d'un gouvernement étranger pour réclamer à l'égard de ses nationaux ou, exceptionnellement, de certaines autres personnes, le respect du droit international ou pour obtenir certains avantages à leur profit»¹²⁴ debba considerarsi irricevibile per l'eccessiva indeterminatezza che la contraddistingue.

I dati sintomatici di un suo accoglimento nella prassi, del resto, sono tutt'altro che univoci. La Convenzione di Vienna del 1961 (art. 3, comma 1, lett. b) sulle relazioni diplomatiche e l'Accordo di Vienna del 1963 sulle relazioni consolari (art. 5, lett. a) attribuiscono senza dubbio alle relative rappresentanze la funzione di proteggere in termini assai ampi gli interessi dei nazionali, curandosi solo di stabilire che ciò avvenga «dans les limites permises par le droit international». Nessuno dei due trattati, però, impone, esplicitamente o

¹²² «Diplomatic protection strictu sensu is different from the diplomatic mission or consular functions exercised by the sending State in order to assist its nationals or protect their interests in the receiving country, especially when these actions consist of obtaining certain concessions in respect of access to contracts or markets, guaranteeing nationals the right to defence, or facilitating certain procedures for them» (M. BENNOUNA, *Preliminary report on diplomatic protection*, U.N. Doc. A/CN.4/484, par 12).

¹²³ Dalla considerazione della protezione diplomatica quale corollario della responsabilità internazionale degli Stati consegue che, in conformità con la disciplina di quest'ultima, il pregiudizio rispetto al quale il privato può chiedere riparazione non si esaurisce nel danno causato da un'azione od omissione che il Paese terzo compia entro i propri confini ma anche da quello che possa discendere dall'attività delle sue forze militari in territorio straniero e di navi ed aerei battenti la sua bandiera che attraversino o sorvolino l'alto mare.

¹²⁴ INTERNATIONAL ACADEMIC UNION, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960, pag. 485.

implicitamente, di considerare come afferenti all'ambito della protezione diplomatica tutte le attività espletabili dalle delegazioni medesime.

Le azioni che possono essere legittimamente esperite dall'ente statale che reagisca all'illecito internazionale altrui sono tutte quelle ritenute opportune nel caso concreto, nel rispetto degli obblighi internazionalmente assunti e delle norme ad applicazione necessaria. E' discusso se tra queste debbano annoverarsi anche le misure a carattere esclusivamente preventivo che ciascun Paese adotta per evitare che un proprio omologo violi gli obblighi che gli fanno capo ai sensi del diritto della comunità degli Stati¹²⁵.

Condizione necessaria perché una persona fisica possa beneficiare di protezione è che essa si trovi in una speciale relazione con il Paese del quale chiede l'intervento, individuata nel godimento della cittadinanza.

In linea di principio, il diritto della comunità degli Stati lascia libere le autorità nazionali in ordine alla definizione dei criteri in base ai quali un soggetto sia in

¹²⁵ Cfr., in senso positivo, L. CONDORELLI, *L' évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS, *La protection diplomatique*, Bruxelles, 2003, pag. 3 ss. (in particolare v. pag. 7) e A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. II, 1, Milano, 1958, pag. 739. *Contra v. Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, in *Report of the International Law Commission*, U.N. Doc. A/61/10, pag. 27 dove la protezione diplomatica è decisamente distinta dall'assistenza consolare: «Diplomatic protection may be exercised through diplomatic action or other means of peaceful settlement. It differs from consular assistance in that it is conducted by the representatives of the State acting in the interest of the State in terms of a rule of general international law, whereas consular assistance is, in most instances, carried out by consular officers, who represent the interests of the individual, acting in terms of the Vienna Convention on Consular Relations. Diplomatic protection is essentially remedial and is designed to remedy an internationally wrongful act that has been committed; while consular assistance is largely preventive and mainly aims at preventing the national from being subjected to an internationally wrongful act».

grado di diventare cittadino o possa perdere tale status^{126 127}, salvo che le soluzioni adottate comportino la lesione della sovranità di altri Paesi¹²⁸.

La Corte Internazionale di Giustizia, nella celebre pronuncia *Nottebohm*¹²⁹, ha tuttavia sancito che il collegamento formale tra un individuo ed una entità

¹²⁶ A riguardo la Corte permanente di giustizia internazionale, in occasione dell' *Avis consultatif concernant les décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc (zone française)*, *PCIJ Advisory Opinion*, 1923, *Series B*, No. 4, pag. 24, ha sostenuto: «the question whether a certain matter is or is not solely within the domestic jurisdiction of a State is an essentially relative question; it depends upon the development of international relations. Thus, in the present state of international law, questions of nationality are, in the opinion of this Court, in principle within this reserved domain». Alla medesima conclusione i giudici sono pervenuti in *Avis consultatif sur la question de l'acquisition de la nationalité polonaise*, *PCIJ Advisory Opinion*, 1923, *Series B*, No. 7, pag. 16 e in *Avis consultatif concernant l'échange des populations grecques et turques*, *PCIJ Advisory Opinion*, 1925, *Series B*, No. 10, pag. 21ss.

¹²⁷ Le regole comunemente adottate dagli Stati in materia sono quella dello *jus sanguinis* e dello *jus soli*. Ad esse vanno aggiunti i casi di naturalizzazione che seguono a vicende specificamente individuate quali: il matrimonio, il riconoscimento o la legittimazione di prole, l'adozione, *et similia*.

¹²⁸ Il riferito limite alla discrezionalità statale in materia di cittadinanza trova conferma nelle risposte fornite dal governo tedesco ai quesiti formulati dal *Preparatory Committee* della *Hague Codification Conference*: «[...] a State has no power, by means of a law or administrative act, to confer its nationality on all the inhabitants of another State or on all foreigners entering its territory. Further, if the State confers its nationality on the subjects of other States without their request, when the persons concerned are not attached to it by any particular bond, as, for instance, origin, domicile or birth, the States concerned will not be bound to recognize such naturalization» *League of Nations, Conference for the Codification of International Law, Bases of Discussion, I, Nationality*, 1929, V. 1. 13. Dello stesso tenore risulta l'opinione espressa nell'occasione dalle autorità britanniche, cui si conforma la posizione dell'India e dei Dominions: «The mere fact, however, that nationality falls in general within the domestic jurisdiction of a State does not exclude the possibility that the right of the State to use its discretion in legislating with regard to nationality may be restricted by duties which it owes to other States [...]. Legislation which is inconsistent with such duties is not legislation which there is any obligation upon a State whose rights are ignored to recognize» (*Ibid.* 17, 169).

¹²⁹ *Nottebohm case*, *I.C.J Reports 1955*, pag. 4. Nell'occasione la Corte ha dichiarato inammissibile la richiesta di risarcimento avanzata dal Liechtenstein al Guatemala per i pregiudizi subiti da un suo cittadino asserendo che, nonostante l'intervenuta naturalizzazione

statale dato dalla nazionalità risulta rilevante, per i fini di cui si discute, esclusivamente laddove trovi riscontro anche sul piano sostanziale, con riferimento alla residenza abituale della persona, alla localizzazione del centro dei suoi interessi, ai rapporti familiari o alla partecipazione diretta alla vita pubblica di un determinato Paese (c.d. *effective link*). Questo requisito non è stato accolto nei lavori di codificazione della Commissione di diritto internazionale sul presupposto che esso non corrisponda ad una regola generale bensì rappresenti un principio la cui efficacia è da ritenersi limitata al caso concreto per cui è stato sancito¹³⁰.

In base alla norma consuetudinaria della *continuous nationality*, il possesso della cittadinanza dello Stato chiamato ad esercitare la protezione deve sussistere al momento del compimento dell'illecito per cui ci si attiva e protrarsi sino alla formale denuncia del medesimo a livello internazionale.

Lo scopo in questo modo perseguito è quello di scongiurare la possibilità che, violato un suo interesse, l'individuo si sottoponga alla sovranità di Paesi diversi da quello di origine esclusivamente per ottenere maggiore tutela. Detta funzione non sembra possa essere pregiudicata dai ristretti ambiti di applicazione della deroga contenuta nel Progetto di articoli del 2006, laddove è escluso che un soggetto possa restare privo della tutela statale qualora «had the

conferisse al soggetto leso la nazionalità dello Stato agente, il primo non presentasse alcun legame fattuale significativo con il secondo.

¹³⁰ V. art. 4 e relativo commento del U.N. Doc. A/61/10, pag. 31ss. In favore di siffatta conclusione vengono addotte anche ragioni di ordine pratico: «it is necessary to be mindful of the fact that if the genuine link requirement proposed by Nottebohm was strictly applied it would exclude millions of persons from the benefit of diplomatic protection as in today's world of economic globalization and migration there are millions of persons who have moved away from their State of nationality and made their lives in States whose nationality they never acquire or have acquired nationality by birth or descent from States with which they have a tenuous connection» (pag. 33).

nationality of a predecessor State or lost his or her previous nationality and acquired, for a reason unrelated to the bringing of the claim, the nationality of the former State in a manner not inconsistent with international law»¹³¹.

Questioni di particolare rilevanza sorgono in relazione alla tutela di individui con due o più nazionalità.

Quando l'illecito internazionale sia stato compiuto da uno degli Stati di cui l'individuo è contemporaneamente cittadino, il diritto internazionale registra il contrasto tra regole di contenuto divergente. La prima è sancita dall'art. 4 della Convenzione dell'Aia del 1930 sui conflitti di leggi in materia di cittadinanza¹³², dove si afferma che «Uno Stato non può esercitare la protezione diplomatica nei confronti di un proprio cittadino contro un altro Stato la cui nazionalità è ugualmente posseduta dal medesimo». La seconda è quella che, nella circostanza, consente la tutela del singolo quando l'azione sia esercitata dal Paese della nazionalità dominante ed effettiva, secondo quanto sancito dalla Corte Permanente di Arbitrato nel caso *Canevaro*¹³³.

Di questi due criteri è stato suggerito un coordinamento in sede applicativa: il dettato della Convenzione dell'Aia rileverebbe per tutte le occasioni in cui l'individuo presenti legami della stessa intensità con tutte le entità statali di cui possiede la cittadinanza; la nazionalità dominante troverebbe invece applicazione negli altri casi¹³⁴. Siffatta soluzione, corretta da un punto di vista formale, appare però concretamente poco praticabile essendo altamente

¹³¹ Art. 5, par. 2 del *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, cit.

¹³² In *Raccolta dei trattati della Società delle Nazioni*, vol. 179, pag. 89 ss.

¹³³ *Canevaro Case* (1912), 11, *Reports of International Arbitral Awards*, 397.

¹³⁴ L'idea è espressa in I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2003, pag. 389-390.

improbabile che una stessa persona possa intrattenere rapporti perfettamente omogenei, da un punto di vista qualitativo, con più Paesi.

Sul punto, ritenendo che nella prassi il principio della pari sovranità degli Stati di cui l'individuo si trovi ad essere cittadino sia in regressione¹³⁵, la Commissione di diritto internazionale ha codificato la regola secondo la quale la tutela di individui con cittadinanze multiple spetti al Paese con il quale questi presentino legami più stretti, a condizione che questi assolvano l'onere di provare questo particolare attaccamento¹³⁶.

Laddove invece, tra più Paesi di nazionalità, debba individuarsi quello legittimato a reagire dell'illecito compiuto da uno Stato terzo, il Progetto di articoli in materia di protezione diplomatica attribuisce a ciascuno di essi il diritto di agire in via autonoma o congiuntamente agli altri¹³⁷. Viene in questo modo esclusa l'applicazione del principio della nazionalità dominante, cui l'art. 5 della sopraccitata Convenzione dell'Aia riservava la disciplina della fattispecie¹³⁸.

¹³⁵ J. DUGARD, *First report on diplomatic protection*, U.N. Doc. A/CN.4/506, parr. 121 ss.

¹³⁶ La disposizione trova inequivocabilmente ispirazione nelle affermazioni formulate dalla Commissione di Conciliazione Italo-statunitense nel caso *Mergé* (ILR, vol. 22, pag. 443ss.): «The principle, based on the sovereign equality of States, which excludes diplomatic protection in the case of dual nationality, must yield before the principle of effective nationality whenever such nationality is that of the claiming State. But it must not yield when such predominance is not proved, because the first of these two principles is generally recognized and may constitute a criterion of practical application for the elimination of any possible uncertainty» (pag. 455).

¹³⁷ Cfr. art. 7 del *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, in *Report of the International Law Commission*, cit., pag. 43ss.

¹³⁸ «Within a third State, a person having more than one nationality shall be treated as if he had only one. Without prejudice to the application of its law in matters of personal status and of any conventions in force, a third State shall, of the nationalities which any such person possesses, recognize exclusively in its territory either the nationality of the country in which he is habitually and principally resident, or the nationality of the country with which in the circumstances he appears to be in fact most closely connected».

L'esame della prassi convenzionale più recente segnala comunque la progressiva perdita di importanza del legame tra godimento della nazionalità di uno Stato e accesso della protezione diplomatica¹³⁹.

Lo sviluppo del diritto internazionale verso la direzione considerata trova indiscussa conferma nella previsione della possibilità per apolidi e rifugiati di ricevere tutela sul piano internazionale da parte dei Paesi di residenza abituale, formulata nei lavori della *International Law Commission*¹⁴⁰.

Meno significativa a riguardo risulta invece la disciplina della c.d. cittadinanza europea prevista all'art. 20 del Trattato CE ed in particolare il riconoscimento a ogni cittadino dell'Unione del diritto di avvalersi della tutela consolare o diplomatica di qualsiasi Stato membro, qualora lo Stato nazionale non abbia nel territorio di un Paese terzo una propria rappresentanza¹⁴¹.

¹³⁹ Così P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Rivista italiana di diritto internazionale*, 2006, 1, pag. 80.

¹⁴⁰ «1. A State may exercise diplomatic protection in respect of a stateless person who, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.

2. A State may exercise diplomatic protection in respect of a person who is recognized as a refugee by that State, in accordance with internationally accepted standards, when that person, at the date of injury and at the date of the official presentation of the claim, is lawfully and habitually resident in that State.

3. Paragraph 2 does not apply in respect of an injury caused by an internationally wrongful act of the State of nationality of the refugee» (Art. 8 del *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, in *Report of the International Law Commission*, U.N. Doc. A/61/10).

¹⁴¹ «Ogni cittadino dell'Unione gode, nel territorio di un Paese terzo nel quale lo Stato membro di cui ha la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato. Gli Stati membri stabiliscono tra loro le disposizioni necessarie e avviano i negoziati internazionali per garantire detta tutela».

Lo *status* di cittadino, nella sua accezione moderna, pone infatti l'accento sulla partecipazione attiva della persona umana alla vita politica di uno Stato che, a sua volta, su di essa esercita poteri sovrani¹⁴².

La cittadinanza accordata dal diritto UE non possiede queste caratteristiche, non riproponendo il riferito binomio di coinvolgimento e sudditanza¹⁴³.

Il fenomeno di integrazione politica in corso in Europa non ha prodotto, almeno per il momento, nulla di somigliante ad un'entità statale pienamente sovrana. I Paesi che vi partecipano hanno conservato intatte talune importanti prerogative, tra le quali spicca proprio il potere di determinare le condizioni di appartenenza di un individuo alla propria comunità.

Non esiste quindi un "mega-Stato" europeo e ciò comporta che non possono esistere suoi "cittadini": l'insieme delle situazioni soggettive riconosciute ai singoli in virtù della loro provenienza comunitaria assurge quindi a mero trattamento favore.

Coerentemente con questa impostazione, la "cittadinanza europea", come espressione identificativa di un complesso di vantaggi, è disciplinata non come alternativa ma come complementare a quella del Paese membro, che conserva inalterata la sua centralità, figurando addirittura quale presupposto per il godimento della prima¹⁴⁴.

Inoltre, a stretto rigore, la portata applicativa della deroga alla regola consuetudinaria della *nationality of claims* operata a livello UE risulta assai modesta. Per il principio *pacta tertiis neque nocent neque prosunt*, essa non

¹⁴² C. ROMANELLI GRIMALDI, *Cittadinanza*, in *Enc. Giur. Treccani*, VI, Roma, pag. 988.

¹⁴³ L. MARINI, *La cittadinanza europea*, in G. DALLA TORRE, F. D'AGOSTINO (A CURA DI), *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralista*, Torino, 2000, pag. 26 ss.

¹⁴⁴ «E' istituita una cittadinanza dell'Unione. E' cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione costituisce un complemento della cittadinanza nazionale e non sostituisce quest'ultima» (art. 17, par. 1, Trattato CE).

può considerarsi opponibile agli Stati extracomunitari, a meno che questi, in maniera espressa o implicita, non vi acconsentano¹⁴⁵.

Può dunque concludersi che le innovazioni introdotte dal Trattato di Maastricht non sono suscettibili di ripercuotersi sui profili della tutela internazionale dell'individuo pertinenti la nostra indagine.

IV.3. Quando l'attenzione si sposti alle circostanze in cui la protezione diplomatica debba essere azionata a vantaggio di persone giuridiche ci si rende subito conto che il concetto di cittadinanza non è più utilizzabile, essendosi sviluppato sul presupposto dell'appartenenza fisica di un soggetto ad una data comunità.

La necessità che gli enti morali siano tutelati a livello internazionale, salvo qualche voce dissenziente, è comunque pacifica, dal momento che essi, a seguito del decreto di erezione, godono di una personalità separata ed indipendente da quella degli individui che ne hanno determinato la nascita¹⁴⁶.

Circoscrivendo la nostra analisi alla protezione delle società commerciali, la questione di maggior attualità è, di conseguenza, quella concernete la

¹⁴⁵ L. CONDORELLI, *L' évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. Flauss (dir.), *La protection diplomatique*, cit., pag. 11.

¹⁴⁶ L'idea è suffragata dalla prassi delle più importanti giurisdizioni internazionali. Per la Corte permanente di giustizia internazionale segnaliamo le decisioni *Phosphates du Maroc* (PCIJ, Series A/B, 1938, No. 74, pag. 14 ss.); *Panevezys-Saldutiskis* (PCIJ, Series A/B, 1939, No. 76, pag. 16 ss.); *Société commerciale de Belgique* (PCIJ, Series A/B, 1939, No. 78, pag. 169 ss.). La Corte internazionale di giustizia si è pronunciata analogamente nei casi *Anglo Iranian Oil Co.* (ICJ Reports; 1952) e *Interhandel* (ICJ Reports, 1959). La dottrina favorevole alla protezione di una persona giuridica annovera, tra gli altri, E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1915, pag. 617; L. MAZEAUD, *De la nationalité des des sociétés*, in *Journal du droit international*, 1928, pag. 30 ss.; L. C. UBERTAZZI, *L'espropriazione di compagnie commerciali straniere nel diritto internazionale pubblico*, Milano, 1948, pag. 28.

definizione dei *criteria individuationis* dello Stato legittimato ad intervenire. La ricognizione delle soluzioni maggiormente adottate dai sistemi giuridici nazionali attualmente vigenti, ai quali può validamente attingersi, dimostra che in materia le opzioni esercitabili sono varie. Qualora si intenda privilegiare collegamenti di tipo formale può farsi riferimento: al Paese al cui ordinamento si deve la creazione della società (*luogo di incorporazione*); al territorio in cui si perfezioni il procedimento costitutivo della persona giuridica (*luogo di costituzione*); al luogo in cui si trovi la direzione degli affari societari (*luogo della sede sociale*). Di ordine sostanziale risulta invece la nozione di controllo, che consente l'esercizio della protezione diplomatica allo Stato di provenienza dei detentori della maggioranza, assoluta o relativa, del patrimonio azionario della *corporation*¹⁴⁷.

La Corte Internazionale di Giustizia ha autorevolmente sancito che, per i danni direttamente inferti ad una società, legittimato ad agire sul piano internazionale

¹⁴⁷ Non manca chi sostiene che la determinazione del collegamento tra Stato e società non possa effettuarsi attraverso il ricorso al criterio in questione per l'eccezionalità delle circostanze nelle quali si sarebbero registrati i primi significativi esempi della sua applicazione. «Pendant la première guerre mondiale, les Etats belligérants adoptèrent des dispositions exceptionnelles afin de priver les ressortissants des Etats ennemis des biens qu'ils auraient pu avoir sur leur territoire. [...] Les critères traditionnels de détermination de la nationalité des sociétés – lieu de constitution ou du siège social – en définitive, étaient peu adéquats pour cette guerre économique. Une société commerciale pouvait avoir le caractère national d'un Etat belligérant [...] et, in réalité, dépendre des décisions de conseils d'administration ou d'assemblées générales où les sujets étrangers qui, éventuellement pouvaient être des sujets d'Etats ennemis, avaient une force prépondérante. [...]. L'apparition de la notion de contrôle pour la détermination du caractère ennemi des sociétés en temps de guerre ne suppose pas un nouveau critère au sujet de la nationalité des sociétés. La nationalité des sociétés et le caractère ennemi de celles-ci sont deux questions distinctes. [...] malgré l'écho que la notion de contrôle eut chez certains auteurs qui crurent y voir un nouveau critère pour la détermination de la nationalité des sociétés, la jurisprudence des Etats ultérieure aux deux guerres mondiales l'abandonna en faveur des critères traditionnels» (M. D. DE VELASCO, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1974, II, pag. 122ss.)

è unicamente lo Stato del luogo di incorporazione e in cui si trovi la sede legale¹⁴⁸. Questa soluzione trova pieno accoglimento nell'art. 9 del Progetto di convenzione del 2006.

Ricorrendo particolari circostanze, l'iniziativa di tutela spetterebbe però in via residuale al Paese di provenienza degli azionisti.

In primo luogo, ciò può avvenire laddove, a seguito di un illecito internazionale, ai detentori di partecipazioni derivi un pregiudizio diretto. In questo caso, la natura individuale piuttosto che societaria degli interessi lesi deve essere apprezzata facendo riferimento non ad un particolare ordinamento statale ma alle regole generalmente accettate in materia dai sistemi giuridici nazionali.

Lo Stato del quale gli azionisti hanno la nazionalità, ai fini della protezione diplomatica, può altresì surrogarsi a quello da cui proviene la società quando quest'ultima abbia cessato di esistere come entità diversa dai membri che la compongono. Perché possa dirsi acquisito tale risultato è necessario però che risultino esaurite tutte le fasi in cui il procedimento di estinzione di una persona giuridica normalmente si articola, potendosi concludere solo in questo caso che sia effettivamente venuto a mancare lo schermo societario posto a protezione dei detentori di partecipazioni.

¹⁴⁸ Barcelona Traction case, *ICJ Reports* 1970, p. 4 ss. Nell'occasione l'organo giurisdizionale è stato chiamato a pronunciarsi su quale Stato fosse legittimato ad agire sul piano internazionale per i danni inferti dalla Spagna ad una società elettrica costituita sotto la legge canadese e che, al tempo dei fatti di causa, era posseduta per l'88% da azionisti belgi. La conclusione per cui la protezione diplomatica spetta al Paese di costituzione per i danni direttamente inferti alla società è stata raggiunta sottolineando la differenza che il regime giuridico di responsabilità limitata introduce tra l'ente collettivo e le singole persone fisiche che vi partecipano.

La legittimazione dello Stato di origine della persona giuridica cessa pure nel caso in cui quest'ultimo non sia in condizione di provvedere a proteggerla. E' necessario tuttavia che sussista un impedimento materiale alla tutela della società sul piano internazionale, restando escluso che la predetta eccezione copra le situazioni in cui il soggetto originariamente legittimato non agisca per motivi di opportunità.

Il Paese di origine degli azionisti può infine intervenire in loro tutela allorquando il danno alla persona giuridica sia seguito proprio al comportamento dello Stato di origine di quest'ultima.

Salvo il caso del danno diretto alla sfera giuridica degli azionisti, che può leggersi come corollario della tutela sul piano internazionale delle persone fisiche e del loro patrimonio, le altre ipotesi menzionate in via di eccezione ai criteri riportati in *Barcelona Traction* rispondono alla necessità di evitare che, in particolari frangenti, le ragioni dei soci possano restare insoddisfatte perché lo Stato presso il quale l'ente è stato costituito non può agire o, pur potendo, è portatore di un interesse configgente con quello privato.

Nonostante le suddette deroghe soddisfino un'esigenza ampiamente condivisibile, la Commissione di diritto internazionale si è mossa con estrema prudenza nel valutarne l'inclusione nel Progetto di convenzione¹⁴⁹. Senza dubbio pregevole è la scelta che essa ha adottato di dettare una disciplina

¹⁴⁹ Il Relatore speciale ha fortemente inciso su questa predisposizione laddove ha posto come punto di partenza dei lavori di codificazione le conclusioni raggiunte dalla Corte Internazionale di Giustizia nel citato caso *Barcelona Traction*: «On the other hand, it must be acknowledged that, despite its shortcomings, *Barcelona Traction* is today, 30 years on, widely viewed not only as an accurate statement of the law on the diplomatic protection of corporations but as a true reflection of customary international law. The practice of States in the diplomatic protection of corporations is today guided by *Barcelona Traction*» (J. DUGARD, *Fourth report on diplomatic protection*, U.N. Doc. A/CN.4/530, par. 27).

differente a seconda che la *corporation* sia cessata o meno a causa dell'illecito internazionale per il quale si agisce in tutela¹⁵⁰. Una grave lacuna deve invece considerarsi l'assenza di qualunque regolazione dell'ipotesi in cui il Paese dove la società è stata registrata si trovi nell'impossibilità di intervenire in protezione, specie se si pensa che le eccezioni codificate alla legittimazione dello Stato della sede legale vanno intese, a nostro modo di vedere come tassative.

IV.4. Il fenomeno delle imprese transnazionali ha indotto alcuni Autori a riflettere sulla necessità di individuare per le medesime criteri di determinazione della nazionalità, ai fini della protezione diplomatica, differenti da quelli validi per le società commerciali in genere.

L'obiettivo di declinare regole *ad hoc* in materia è ostacolato dalla difficoltà di risolvere una questione preliminare la cui centralità sembra essere stata fino ad oggi sottovalutata.

Esigenze di certezza del diritto impongono infatti che i destinatari di una disciplina speciale *ratione personarum* possano essere agevolmente identificati sulla base di elementi di provata efficacia caratterizzante. Il diritto internazionale non prevede però una definizione precisa di società multinazionale allo stesso modo di come invece si preoccupa di individuare quella di *limited liability company* attingendo agli ordinamenti interni¹⁵¹.

¹⁵⁰ Nel primo caso legittimato attivo alla protezione diplomatica è lo Stato di nazionalità della persona giuridica, nel secondo quello degli azionisti come può desumersi dall'art. 11 lett. a) del *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, in *Report of the International Law Commission*, cit., pag 58.

¹⁵¹ «[...] The concept and structure of the limited liability company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights [...]» (Barcelona Traction case, *cit.*, par. 41)

Gli sforzi operati sino ad oggi da alcuni studiosi per colmare tale lacuna mediante processi di induzione non conseguono l'obiettivo laddove si esauriscono in mera catalogazione e non chiariscono in maniera definitiva quali e quante delle caratteristiche di volta in volta ritenute rilevanti devono necessariamente ricorrere per esser certi di trovarsi al cospetto di un'impresa del genere indicato.

Sul punto, se è vero che una multinazionale si distingue in maniera netta da altre forme di organizzazione di attività economiche tanto per le dimensioni, le risorse e le tecnologie che ha a disposizione, nient'affatto comuni alla gran parte della concorrenza, riteniamo decisiva per la sua identificazione la particolare veste giuridico-formale che la caratterizza¹⁵².

L'impresa in questione è infatti comunemente strutturata come gruppo di società, ossia come insieme di società di capitali che, sottoposte o meno a diverse legislazioni statali, non godono tuttavia di autonomia decisionale, ma fanno dipendere le proprie scelte dalle direttive impartite da un'altra società, detta capogruppo.

La mancanza nelle consociate di un potere di autodeterminare la propria condotta rende impossibile che la distinta personalità giuridica che comunque le caratterizza sia considerata un valido criterio per individuarne la provenienza, finendo per rappresentare un dato formale incapace di tener conto della realtà economica sottostante. Da qui la menzionata necessità di trovare soluzioni alternative.

¹⁵² Per una ricognizione delle caratteristiche riconducibili alle imprese del tipo considerato è possibile far riferimento, tra gli altri, a F. FRANCONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979, pagg. 13 ss. e G.-Y. BERTIN, *Le multinazionali*, Bologna, 1997.

L'osservazione delle tecniche attraverso le quali le multinazionali si dotano di risorse economiche spinge qualche Autore a concludere che il loro funzionamento non può farsi rientrare nello schema del trasferimento di capitali all'estero da uno Stato investitore ad uno Stato ospite. Ciascuna delle articolazioni di una multinazionale si procura moneta nel luogo stesso in cui opera e di conseguenza il Paese in cui è situata la sede del gruppo, non figurando come fonte di finanziamento, non potrebbe agire in protezione diplomatica di una consociata a meno che non dimostri di attivarsi a tutela di un bene proprio e riconosca, tramite leggi o direttive politiche, la propria "responsabilità di controllo" sul funzionamento della stessa¹⁵³.

A sostegno di questa tesi viene citato l'art. 2 della c. d. Carta dei Diritti e Doveri Economici degli Stati¹⁵⁴ la cui insistenza «sul riferimento alle leggi e regolamenti locali, sui poteri di sorveglianza e di giurisdizione della autorità nazionali, sulla esigenza di una conformità dell'attività delle imprese multinazionali alla politica economica e sociale dello stato di penetrazione, non può significare altro che la maturazione a livello giuridico della convinzione che gli investimenti privati [...] non siano più da considerarsi aprioristicamente ed in senso assoluto come "beni stranieri"»¹⁵⁵.

La proposta di individuare lo Stato di origine di un'impresa transnazionale attraverso il criterio delle risorse è stata oggetto di numerosi e condivisibili rilievi.

In via preliminare è stato contestato che la tesi avanzata finalizza la protezione diplomatica alla difesa di beni, laddove la medesima nasce e si sviluppa come

¹⁵³ Vedi F. FRANCONI, *op. cit.*, pagg. 101 ss.

¹⁵⁴ Charter of Economic Rights and Duties of States, G.A. Resolution 3281 (XXIX), 12 dicembre 1974, U.N. Doc. A/9631 (1974).

¹⁵⁵ Vedi F. FRANCONI, *op. cit.*, pag. 108.

istituto posto a presidio di persone, anche quando vengano in considerazione quali titolari di diritti di proprietà su cose.

E' stato osservato inoltre che essa risulta impraticabile sul piano concreto dal momento che l'odierno livello di sviluppo dei mercati di capitali rende estremamente difficile, se non impossibile, determinare la provenienza del denaro. Problemi ulteriori sorgono quando si voglia individuare la quantità di risorse che uno Stato deve trasferire per guadagnarsi la legittimazione ad agire in tutela del proprio investimento e quali conseguenze debbano ricollegarsi alla circostanza che la moneta impiegata sia stata presa in prestito. Risulta infine proibitivo comprendere se una società operi o meno sotto l'egida di una determinata entità statale quando il controllo sull'attività d'impresa deve ricostruirsi tramite norme giuridiche ad applicazione extraterritoriale i cui ambito di efficacia è particolarmente vago¹⁵⁶.

Date queste premesse, la mutata considerazione degli investimenti privati che discenderebbe da alcune risoluzioni dell'Assemblea Generale non è in grado da sola di giustificare che la provenienza di una persona giuridica sia determinata attraverso la nazionalità dei finanziamenti che impiega per la sua attività. Trattasi di norme che neppure possono dirsi conformi alle consuetudini internazionali vigenti perchè non trovano riscontro presso la più gran parte degli Stati ma sono sostenute solo dai Paesi non industrializzati, come si trova affermato nella decisione arbitrale relativa al caso *Texaco*¹⁵⁷.

¹⁵⁶ Cfr. P. PICONE, *Recensione a Francioni, Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, pag. 499 ss.

¹⁵⁷ *Texaco Overseas Petroleum Co. and California Asiatic Oil Co. v. Libya* 53 I. L. R. 389 (1977); 17 I. L. M. 1 (1978).

Per individuare il *link* tra una società afferente ad gruppo transnazionale e il Paese cui questa effettivamente “appartiene” è stato suggerito in alternativa di procedere ad una valorizzazione della nozione di controllo¹⁵⁸.

In effetti, da qualche tempo tanto i sistemi di *common law* quanto quelli continentali non considerano più la personalità giuridica di un ente come un dato insuperabile. L’operazione di “*lifting the corporate veil*” attraverso il ricorso a criteri di ordine sostanziale, quali l’”influenza dominante” o il *voting control*, risulta praticata con sempre maggior frequenza per il perseguimento di svariate finalità (tutela degli azionisti di minoranza e dei creditori, prevenzione delle frodi, trasparenza).

Questa tecnica trova riscontro anche nel diritto internazionale pattizio: la Convenzione di Washington del 1965 che ha istituito l’ICSID, nel definire la competenza *ratione personae* del Centro, consente che gli Stati neghino il carattere locale di una società in ragione della provenienza estera di coloro che la controllano¹⁵⁹.

La riferita impostazione si accompagna ad alcuni problemi applicativi.

Nell’attuale stato di sviluppo della prassi internazionale non è chiaro se debba darsi rilievo al controllo di una persona giuridica espresso in termini di influenza sul suo processo decisionale o come semplice detenzione di quote. In questo secondo caso, dato che non tutte le partecipazioni sono accompagnate

¹⁵⁸ La tesi è sostenuta ad esempio da P. ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, Padova, 2002.

¹⁵⁹ « “National of another Contracting State” means: [...]any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention» (art. 25, par 2, lett. b).

dai medesimi diritti ed obblighi, vi è incertezza riguardo quale categoria di azioni debba essere presa in considerazione per determinare il socio di maggioranza con l'avvertenza che il trasferimento delle quote sociali che avvenga tra individui con cittadinanze diverse può far mutare continuamente lo Stato legittimato alla tutela sul piano internazionale.

Nonostante le difficoltà menzionate, il criterio in questione si lascia preferire a quello dei flussi di finanziamento oltre che per la corrispondenza a soluzioni già adottate dagli Stati sul piano interno, anche per la maggior facilità di reperimento dei dati caratterizzanti la persona giuridica necessari per la sua applicazione. Esso rimane quindi l'alternativa maggiormente persuasiva a soluzioni del tipo di quella adottata in *Barcelona Traction*, conferendo il giusto rilievo alla possibilità che gli interessi economici sottostanti l'attività imprenditoriale possano far capo, in ultima analisi, anche a Stati diversi da quello in cui la società è stata incorporata o ha la sede sociale, con una migliore adesione dei presupposti per l'esercizio della protezione diplomatica al dato reale.

IV.5. Condizione fondamentale per l'intervento in protezione diplomatica è che il privato leso dall'illecito internazionale abbia esaurito tutti i mezzi di ricorso che l'ordinamento dello Stato offensore mette a sua disposizione, senza ottenere soddisfazione.

Si tratta di una regola consuetudinaria sorretta da una prassi risalente e incontestata la cui funzione è stata variamente interpretata dalla dottrina. È stato sostenuto, ad esempio, che la norma esprima il rispetto per la sovranità degli Stati; che essa limiti il pericolo di esercizio abusivo o prematuro della protezione diplomatica; che sia stata partorita a vantaggio del privato, in virtù

della considerazione che la giustizia che può ottenere da un ente statale sia maggiormente effettiva di quella che gli sarebbe resa sul piano internazionale.

L'individuazione dei rimedi ai quali il danneggiato deve fare preliminarmente ricorso è controversa.

Ci si chiede infatti se possa attribuirsi la medesima rilevanza tanto a strumenti di tipo giudiziario quanto a strumenti di tipo amministrativo o legislativo. La soluzione che trova unanime accoglimento è quella dell'interpretazione in senso ampio dei mezzi di ricorso da esperire. Ad essa si giunge in virtù della circostanza che l'organizzazione della giustizia è materia di dominio riservato e rispetto alla quale, quindi, il diritto internazionale non interferisce con le scelte degli Stati, ben liberi di offrire, avverso gli atti delle pubbliche autorità, rimedi diversi dal ricorso al giudice. Deve escludersi tuttavia il ricorso obbligatorio a procedure volte a suscitare l'emissione di provvedimenti di grazia.

La giurisprudenza e la dottrina hanno individuato una serie di fattispecie che ricadono al di fuori dell'ambito di applicazione della norma. Un primo esempio è dato dalle situazioni in cui la lite tra due Stati avvenga principalmente per la difesa di prerogative sovrane e non a causa di un danno inferto ad un privato.

In secondo luogo, la *local remedies rule* non è invocabile quando l'illecito si sia determinato fuori dal territorio o dalla giurisdizione dello Stato offensore.

Lo stesso deve dirsi nel caso la violazione denunciata riguardi una norma che appartiene al diritto interno e non all'ordinamento giuridico internazionale, salvo il caso del diniego di giustizia. Alla luce di queste precisazioni, la necessità del previo esaurimento dei ricorsi interni assume una collocazione definita: è regola destinata a rilevare solo a carico del privato danneggiato da un illecito internazionale a patto che quest'ultimo abbia un legame spaziale con

il territorio del Paese che causa il pregiudizio. Proprio in questi termini la norma è accolta nel Progetto di convenzione sulla protezione diplomatica¹⁶⁰.

Pur non ricorrendo uno dei casi menzionati, perché l'osservanza della regola del previo esaurimento possa dirsi obbligatoria è tuttavia necessario che i rimedi ai quali il privato è tenuto ad accedere siano praticabili, accessibili e disponibili. La mancanza anche di uno solo di questi requisiti rende superflua o inutile l'implementazione del precetto¹⁶¹.

Si consideri, ad esempio, la situazione in cui manchi del tutto un sistema di protezione giudiziaria o lo stesso risulti per qualche ragione interdetto allo straniero. Anche quando il ricorso al giudice sia possibile è necessario che l'esercizio dell'azione non debba fronteggiare ostacoli o scontare ritardi ingiustificati e che vi siano concrete prospettive di accoglimento della domanda. La *local remedies rule* non si applica infatti laddove per un chiaro e consolidato orientamento giurisprudenziale dei tribunali interni ad uno Stato può prevedersi che una determinata pretesa sarà sicuramente respinta. In maniera conforme si atteggia il caso in cui l'illecito internazionale per il quale si agisce in protezione diplomatica è rappresentato proprio da un diniego di giustizia.

¹⁶⁰ V. Art. 14, comma 3 e art. 15, comma 1, lett. e) del *Draft Articles on Diplomatic Protection with commentaries*, in *Report of the International Law Commission*, cit, pag. 70ss.

¹⁶¹ *Finnish Ships Arbitration (Finland v. United Kingdom)* (1934) 3 RIAA 1479. Le ipotesi cui si fa riferimento costituiscono limiti di applicazione intrinseci alla regola stessa del previo esaurimento dei ricorsi interni ed è per questo che una parte della dottrina preferisce parlare giustamente proprio di *limits* o *limitations* piuttosto che usare il termine *exceptions*, ritenuto espressivo di un approccio che considera dall'esterno i casi in cui la norma può essere invocata. In linea con questa impostazione si schierano tra gli altri A.A. CANÇADO TRINDADE, *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law*, Cambridge, 1983, pag. 110 ss. e K. DOEHRING, *Local remedies, Exhaustion of*, in R. BERNHARDT (ED.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (1992), pag. 238 ss.

L'obbligo del previo esaurimento dei ricorsi interni ha trovato accoglimento nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica adottato in prima lettura nel 2004 dalla Commissione di diritto internazionale all'art. 14, nella seguente formulazione: «A State may not bring an international claim in respect of an injury to a national [...] before the injured person has [...] exhausted all local remedies». Anche una lettura superficiale della disposizione è sufficiente a mettere in luce come sia richiesta una perfetta identità tra il soggetto tenuto al rispetto della prescrizione e quello beneficiario dell'intervento in protezione diplomatica.

Verso il requisito dell'assoluta corrispondenza gli USA hanno sollevato obiezioni nei commenti ed osservazioni all'iniziativa di codificazione che gli Stati hanno indirizzato al Segretario generale delle Nazioni Unite¹⁶². Nella stessa sede hanno avanzato la proposta di emendare la disciplina dedicata alla *local remedies rule* in modo da consentire che la persona tenuta ad assolvere alla regola del previo esaurimento e quella a cui si garantisce tutela sul piano internazionale possano non essere la medesima.

La base giuridica dell'auspicata innovazione viene riconosciuta nella decisione assunta dalla Corte internazionale di giustizia nel caso *ELSI*¹⁶³.

In quella occasione gli Stati Uniti promuovevano ricorso contro l'Italia sostenendo che questa avesse violato il Trattato di Amicizia, Commercio e Navigazione requisendo i beni di un'impresa nazionale che fungeva da succursale di alcune società americane. Il nostro Paese si difendeva eccependo in via preliminare che, sebbene la *ELSI* avesse resistito invano in tutte le sedi

¹⁶² *Diplomatic protection. Comments and observations received from Governments*, U.N. Doc. A/CN.4/561, pp. 37 ss.

¹⁶³ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, judgment, *I.C.J. Reports*, 1989, p. 35 ss.

possibili contro il provvedimento in questione, lo stesso non era avvenuto da parte dei privati americani che pure ritenevano di aver subito un pregiudizio. Ciò integrava gli estremi di una violazione della *local remedies rule* in grado di rendere inammissibile l'azione esercitata dagli USA.

I giudici rigettarono le obiezioni italiane stabilendo che la regola del previo esaurimento dei ricorsi interni dovesse ritenersi soddisfatta quando «the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success»¹⁶⁴

L'idea di ancorare l'esaurimento delle vie di ricorso interne alla sostanza del reclamo piuttosto che all'identità del reclamante merita particolare attenzione nella misura in cui potrebbe facilitare l'accesso delle persone fisiche e giuridiche alla protezione diplomatica. Il suo accoglimento non sarebbe peregrino dato che l'individuo che debba promuovere un ricorso il cui merito sia stato già sindacato negativamente da un giudice si trova in una situazione non dissimile da quella del privato che viene esonerato dall'implementazione della *local remedies rule* per la sussistenza presso le corti competenti di un consolidato orientamento giurisprudenziale a lui sfavorevole.

L'approvazione in seconda lettura del lavoro di codificazione da parte della Commissione non ha però comportato l'introduzione dell'emendamento proposto.

Resta da stabilire se quella del previo esaurimento dei ricorsi interni sia una regola di ordine sostanziale o di tipo procedurale.

¹⁶⁴ *Case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI) (United States of America v. Italy)*, judgment, cit., par. 59.

La prima teoria sul carattere sostanziale della regola è attribuita tradizionalmente al Borchard¹⁶⁵. Questi sostenne che la responsabilità dello Stato sorge solo in concomitanza con un diniego di giustizia. Sino a quel momento il pregiudizio arrecato allo straniero è questione che attiene esclusivamente all'ordinamento giuridico interno dello Stato offensore. Contro questa posizione sono state avanzate svariate riserve e in particolare si è notato come essa abbia il difetto non trascurabile di identificare con la negazione di un'effettiva tutela giurisdizionale tutte le violazioni delle norme internazionali poste a tutela dello straniero, tralasciando che la realtà si atteggia in maniera decisamente più complessa.

Alla luce di queste osservazioni un celebre autore, l'Ago, ha apportato delle correzioni al riferito impianto teorico partendo dal presupposto per cui il diritto internazionale impone agli Stati due diverse categorie di obblighi: quelli "di comportamento specifico" e quelli "di risultato"¹⁶⁶. I primi vanno adempiuti semplicemente tenendo un contegno predefinito; i secondi vincolano i destinatari quanto agli scopi da raggiungere, salva restando la loro libertà quanto all'individuazione delle azioni concrete da porre in essere.

Quando un Paese viola una norma di comportamento specifico sul trattamento degli stranieri, l'illecito internazionale si produce immediatamente e non è necessario il previo esaurimento dei ricorsi interni. Laddove invece uno Stato non assolve ad un obbligo di risultato trova applicazione la *local remedies rule* salvo che le finalità perseguite dalla norma internazionale non risultino ormai

¹⁶⁵ E. M. BORCHARD, *The diplomatic protection of citizens abroad or the law of international claims*, New York, 1916, pag. 817 ss.

¹⁶⁶ R. AGO, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, vol. 3, No. 2, May-August 1938, pag. 223 ss.

materialmente impossibili da perseguire ad opera di un organo statale diverso da quello che ha originato l'inadempimento.

In favore della natura procedurale della regola del previo esaurimento milita invece l'opinione del De Visscher¹⁶⁷. Egli ha sostenuto che la responsabilità internazionale dello Stato territoriale sorge non appena si verifichi una lesione dei diritti dello straniero ma la possibilità di farne valere le conseguenze sul piano internazionale si ha soltanto con l'esaurimento dei ricorsi interni.

Ad alcuni autori, poi, va riconosciuta l'adesione ad un orientamento che potremo definire "intermedio": la regola del previo esaurimento avrebbe natura sostanziale quando la violazione dell'obbligo internazionale consegue all'azione di organi giudiziari o si discuta dell'inosservanza soltanto di norme interne; la medesima avrebbe carattere procedurale in tutti gli altri casi¹⁶⁸.

Come può intuirsi, la disputa sulla natura della *local remedies rule* ha interessanti conseguenze pratiche che investono principalmente l'individuazione del momento in cui sorge la responsabilità internazionale, il trattamento processuale dell'eccezione di mancato esaurimento dei ricorsi interni e la rinuncia all'applicazione a proprio vantaggio della norma in questione che uno Stato può svolgere. Nonostante ciò, la prassi diplomatica e la giurisprudenza internazionale non segnalano in materia un atteggiamento univoco. Questa circostanza ci porta a sposare l'opinione per cui «i due

¹⁶⁷ C. DE VISSCHER, *Note sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique, d'après quelques documents récents*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1927, 245 ss.

¹⁶⁸ Pur con le dovute particolarità che la meditazione di ciascuno studioso presenta, la tesi "eclettica" è sostenuta in C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928, p. 95 ss.; A. V. FREEMAN, *The International Responsibility of States For Denial of Justice*, Liège, 1938, p. 407 ss.; G. STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1977, p. 57 ss.

orientamenti principali appaiono ambedue persuasivi sul piano logico e teorico. Infatti, poiché la regola, in materia di protezione diplomatica, si è formata in un'epoca storica in cui il settore del trattamento degli stranieri e della protezione diplomatica erano dominati dalla logica interstatalistica, dal principio della sovranità dello Stato e dalla concezione dualista dei rapporti fra diritto internazionale e diritto interno appariva per molti aspetti giustificato [...] l'orientamento. “sostanziale” [...]. D'altra parte, venendo a tempi più recenti, con il declino della logica interstatale, del principio di sovranità e, seppure solo in parte, della concezione dualista, l'orientamento procedurale appare forse più adatto ad offrire una interpretazione convincente della realtà»¹⁶⁹.

IV.6. Alcuni autori inseriscono tra i presupposti per l'esercizio della protezione diplomatica il cosiddetto requisito delle *clean hands*: la tutela sul piano internazionale di un soggetto privato non potrebbe essere azionata se il danno da questi subito è conseguenza di un suo precedente comportamento illecito¹⁷⁰. A sostegno di questa posizione vengono richiamati in particolare due casi nei quali il principio *ex dolo malo non oritur actio* avrebbe trovato applicazione.

¹⁶⁹ R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004, p. 79.

¹⁷⁰ Ad esempio A. Pellet nel corso dei lavori della Commissione di diritto internazionale ha sostenuto: «The vague concept of 'clean hands' was not very different from the general principle of good faith in the context of relations between States, and had no autonomous consequences and little practical effect on the general rules of international responsibility. However, in the context of diplomatic protection, which involved relations between States and individuals, the concept took on new significance: it became functional, for in the absence of 'clean hands' the exercise of diplomatic protection was paralysed. If a private individual who enjoyed diplomatic protection violated either the internal law of the Protecting [host?] State — and it should be noted that internal law played no role at all in cases involving relations between States — or international law, then in the general context of the claim, the State called upon to exercise protection could no longer do so» (U.N. Doc. A/CN.4/SR.2793, pag. 4)

La prima vicenda è il c.d. “*Virginius Incident*”¹⁷¹, verificatosi nell’ottobre del 1873. Un vascello militare spagnolo, dopo un lungo inseguimento, catturò in acque internazionali un’ imbarcazione a vapore che batteva, abusivamente si saprà poi, bandiera statunitense. Il battello era diretto a Cuba per aiutare l’insurrezione contro le autorità madrilene ed infatti venne trovato carico di armi. Parte dell’equipaggio, composto da cittadini cubani, britannici e statunitensi, fu giudicata colpevole di pirateria dalla corte marziale e condannata a morte.

Malgrado il valore esemplare accordato alla vicenda, è tutt’altro che pacifico. che nei successivi negoziati intercorsi tra Usa e Spagna per dirimere la questione abbia trovato accoglimento il presupposto delle *clean hands*. L’analisi della documentazione pertinente dimostra piuttosto che nessun dubbio viene espresso dalle parti in ordine alla possibilità per lo stato americano di intervenire in protezione dei propri cittadini, nonostante questi siano accusati di aver tenuto una condotta illecita di tipo piratesco.

Di poco successivo è il caso *Ben Tillett*¹⁷², datato 1896. Nell’occasione venne sottoposta ad arbitrato la richiesta di riparazione monetaria promossa dal Regno Unito per il trattamento riservato dal Belgio ad un sindacalista britannico recatosi in quel Paese per partecipare ad una riunione di lavoratori portuali, arrestato dalle autorità locali per la sua attività politica e rispedito in patria dopo alcune ore di detenzione.

Dalle risultanze del giudizio emerge chiaramente che non fu la mancanza di *clean hands* ad indurre gli arbitri a disattendere la domanda britannica bensì la

¹⁷¹ In JOHN BASSETT MOORE, *A Digest of International Law* (Washington, D.C., United States Government Printing Office, 1906), vol. 2, pag. 895

¹⁷² In *Revue générale de droit international public*, vol. 6, No. 46 (1899).

circostanza per cui il Belgio nell'occasione non venne considerato colpevole di un illecito internazionale. Significativamente, poi, nel corso del giudizio non fu sollevata alcuna obiezione circa la legittimità della protezione diplomatica esercitata dal governo londinese.

Alla luce dell'analisi svolta deve escludersi che esistano requisiti ulteriori per l'esercizio della protezione diplomatica rispetto alla nazionalità e al previo esaurimento dei ricorsi interni. Questa conclusione trova corrispondenza anche nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica promosso dalla Commissione di diritto internazionale. Del resto, ritenere che il comportamento tenuto dalla vittima di un illecito internazionale possa assurgere a presupposto di ammissibilità di un'azione a sua tutela solleverebbe incertezze non trascurabili. Su tutte, quella relativa all'esatta determinazione delle attività che fossero precluse allo Stato di provenienza dalla mancanza di *clean hands* e in particolare se dovessero essere ritenuti allo stesso modo impraticabili tanto il ricorso ad un tribunale internazionale quanto attività di ordine meramente diplomatico¹⁷³.

IV.7. In alcune realtà la tutela internazionale di interessi privati che attengono alla materia commerciale è stata attentamente procedimentalizzata. Presso le Comunità Europee ciò è avvenuto tramite lo strumento denominato *Trade Barriers Regulation (TBR)*¹⁷⁴ la cui analisi è resa particolarmente interessante

¹⁷³ Il problema è posto da A. SHAPOVALOV, *Should a requirement of "clean hands" be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection?: Human rights implications of the International Law Commission's debate*, in *American University International Law Review*, 20 (2005), 4, pag. 829 ss.

¹⁷⁴ Regolamento del Consiglio 3286/94 (GUCE, 31 dicembre 1994, L 349).

dalla partecipazione del nostro Paese al processo di integrazione politica ed economica in atto nel continente europeo¹⁷⁵.

La disciplina in questione rappresenta uno dei capisaldi della politica commerciale comunitaria e si occupa di stabilire le procedure a garanzia dell'esercizio dei diritti che derivano alla Comunità da norme commerciali internazionali, con particolare riguardo a quelle del sistema OMC. Lo scopo perseguito è la rimozione degli ostacoli agli scambi introdotti da Paesi terzi che possono recare pregiudizio, direttamente o indirettamente, al mercato comunitario (TBR, art. 1).

L'ambito di applicazione della normativa è definito in maniera assai ampia, essendo tesa a scongiurare non solo le pratiche che causino un reale «pregiudizio» ed «effetto negativo sugli scambi», ma anche quelle suscettibili di dar luogo a conseguenze siffatte solo sul piano potenziale (TBR, art. 2, commi 3 e 4).

Il potere di denuncia può essere esercitato da persone fisiche o giuridiche e da associazioni non riconosciute in nome dell'insieme dei produttori comunitari di una determinata merce o dei prestatori, sempre comunitari, di un determinato servizio (TBR, art. 3). E' possibile comunque agire anche nell'interesse di una sola società o ditta costituita conformemente al diritto di uno Stato membro e

¹⁷⁵ Per un introduzione all'argomento suggeriamo la lettura di P. C. MAVROIDIS, W. ZDOUC, *Legal Means to protect Private Parties Interests in the WTO. The Case of the EC Trade Barriers Regulation*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, pag. 407 ss.; M. MACLEAN, *The European Community's Trade Barrier Regulation Takes Shape. Is It Living up to Expectations?*, in *Journal of World Trade*, 33 (1999), 6, pag. 69 ss.; J. M. CORTÉS MARTÍN, *The European Community Trade Barriers Regulation: Private Party Involvement in International Procedures Regarding Unfair Trade Practices*, in *Texas Technology Law Review*, 35 (2004), pag. 269 ss.; N. MCNELIS, *The European Union Trade Barriers Regulation: a More Effective Instrument*, in *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), pag. 149 ss.

che nella Comunità abbia la propria sede legale, sede amministrativa centrale o stabilimento principale (TBR, art. 4). La procedura può essere attivata anche per iniziativa di un Paese della CE (TBR, art. 6).

Le denunce vanno indirizzate alla Commissione, corredate degli elementi di prova degli ostacoli agli scambi per cui si agisce e degli effetti pregiudizievoli che essi determinano. Qualora, *prima facie*, il ricorso venga ritenuto meritevole di attenzione, si avvia la procedura di esame dandone avviso sulla Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee (TBR, art. 8). All'esito delle indagini, l'istituzione competente può ritenere che non vi sia necessità di intraprendere alcuna azione a tutela degli interessi comunitari (TBR, art. 11) o, al contrario, che si rendano necessarie misure appropriate (TBR, art. 12, comma 1).

La CE, prima di tutelare i propri interessi unilateralmente, deve prendere parte a procedure internazionali di consultazione o risoluzione delle controversie, quando ciò, come nel caso dell'OMC, le sia prescritto dagli strumenti internazionali cui afferisce (TBR, art. 12, comma 2).

IV.7.a Una delle principali questioni che si ricollegano all'applicazione del TBR investe la natura delle norme la cui violazione può essere oggetto di denuncia. Una parte della dottrina lamenta che la generica formulazione del dettato normativo non chiarisce se sia possibile per i privati indirizzare alla Commissione reclami fondati su disposizioni non *self-executing*¹⁷⁶.

Il dubbio, a nostro modo di vedere, è frutto di un fraintendimento. La diretta efficacia di una norma si misura sull'azionabilità in giudizio dei diritti ed obblighi che essa attribuisce ai singoli, laddove la denuncia ai sensi del TBR

¹⁷⁶ R. DENTON, *The New Commercial Policy Instrument and Akzo v. DuPont*, in *European Law Review*, 13 (1988), pagg. 3 ss.; J. STEENBERGEN, *The New Commercial Policy Instrument*, in *Common Market law review*, 22 (1985), pag. 421 ss.

non è affatto un atto propulsivo di un'attività giurisdizionale. La possibilità di inoltrare reclami basati su disposizioni non *self-executing* è quindi incontestabile, come *aliunde* dimostrano i continui e significativi richiami operati dal *Trade Barriers Regulation* proprio a quel diritto OMC al quale la Corte di Giustizia delle Comunità Europee nega, per giurisprudenza consolidata, efficacia diretta.

Di peso non trascurabile è poi il problema relativo al potere della Commissione di avviare d'ufficio una procedura ai sensi del predetto strumento di politica commerciale. Il silenzio della disciplina comunitaria in tema risulta variamente interpretato. Alcuni Autori ritengono che l'iniziativa ufficiosa sia possibile, in analogia con le discipline anti-dumping e anti-sussidi cui il TBR sarebbe ispirato¹⁷⁷; altri sostengono il contrario, precisando che, in mancanza di un atto di impulso privato, qualunque azione che l'istituzione voglia intraprendere debba ricadere nell'ambito di applicazione dell'art. 211 del Trattato CE ai sensi del quale «Al fine di assicurare il funzionamento e lo sviluppo del mercato comune nella Comunità, la Commissione: vigila sull'applicazione delle disposizioni del presente trattato e delle disposizioni adottate dalle istituzioni in virtù del trattato stesso [...]».

A nostro modo di vedere è fuori luogo pensare che la mancata attribuzione alla Commissione di un esplicito potere di attivare i meccanismi sanciti dal *Trade Barriers Regulation* sia casuale o frutto di dimenticanza. Attraverso il TBR si persegue principalmente l'obiettivo di coinvolgere soggetti non istituzionali nella tutela dei diritti in materia di scambi che derivano alle Comunità

¹⁷⁷ Per tutti si veda J. H. J. BOURGEOIS, *EC Rules Against "Illicit Trade Practices" – Policy Cosmetics or International Law Enforcements*, in B. E. HAWK (ED.), *1988 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: European/American Antitrust and Trade Law*, 6-1, 6-21.

dall'ordinamento internazionale. Questa finalità è raggiunta per mezzo di una netta separazione di funzioni: ai privati è attribuito il potere di ricorso mentre all'istituzione espressiva dell'interesse comunitario viene conferito un ruolo di controllo in ordine alla fondatezza e rilevanza delle rimostranze avanzate. La logica che informa la disciplina in questione ci porta ad affermare che nessuna conseguenza particolare in ordine al novero dei soggetti legittimati ad agire può quindi desumersi dalla simmetria tra settori di questa normativa e le disposizioni volte a contrastare la pratica del dumping o degli aiuti di stato.

Il *Trade Barriers Regulation* non consente dunque iniziative ufficiose ad opera della Commissione e la stessa prassi applicativa depone in favore di questa conclusione¹⁷⁸. Qualora le Comunità vogliano *motu proprio* attivarsi in protezione diplomatica possono farlo, trattandosi di un loro diritto, semplicemente prescindendo da tale Regolamento e dall'implementazione dei meccanismi in esso disciplinati.

IV.7.b La circostanza che il reclamo presentato dal privato o da uno Stato ai sensi del *Trade Barriers Regulation* risulti fondato non garantisce che le Comunità si attivino sul piano internazionale perché l'ostacolo agli scambi lamentato venga rimosso. E' infatti necessario che sussista un interesse comunitario ad intervenire, il cui apprezzamento è demandato alla Commissione.

¹⁷⁸ Costituisce un dato significativo la circostanza che nei primi dieci anni di vigenza del TBR (dal 1995 al 2005) l'impulso privato caratterizzi tutti e ventiquattro i casi in cui è stata attivata la procedura di indagine.

Il Tribunale di Primo Grado delle Comunità Europee ha tracciato le linee guida in materia nella pronuncia *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e altri c. Commissione*¹⁷⁹.

La vicenda dalla quale scaturisce la sentenza è abbastanza articolata e va tratteggiata sin dalle sue battute iniziali.

Negli anni Ottanta e Novanta il Consiglio aveva emanato una serie di direttive comunitarie che vietavano l'utilizzo di ormoni nell'allevamento di animali destinati alla macellazione. Nell'ambito dei meccanismi di soluzione delle controversie vigenti presso l'OMC queste normative erano state dichiarate in contrasto con gli impegni alla liberalizzazione degli scambi assunti dalle Comunità con la partecipazione all'organizzazione medesima e ne era stata disposta la rimozione. Dato che l'abrogazione delle direttive contestate non era avvenuta nel termine imposto, gli Stati Uniti avevano ottenuto l'autorizzazione a sospendere una serie di concessioni commerciali fino ad allora garantite all'Unione Europea. Nell'attuazione di questa politica ostile gli USA risparmiavano però il Regno Unito di Gran Bretagna, nonostante fosse membro delle Comunità.

Tra i prodotti in ingresso nel mercato statunitense sui quali cessavano di essere applicati benefici tariffari e venivano riscossi dazi doganali addizionali vi era anche la salsa di senape. Un'associazione francese di produttori di salse alimentari promuoveva denuncia ai sensi del TBR lamentando che l'applicazione selettiva delle restrizioni americane fosse in contrasto con l'art. 22 dell'Intesa sulla risoluzione delle controversie vigente presso l'OMC. La disposizione in parola sancisce che la sospensione delle concessioni ad opera di

¹⁷⁹ Tribunale di Primo Grado delle Comunità europee, sentenza 11 luglio 2007, causa T-90/03, consultabile sul sito web www.curia.eu.int.

un membro dell'organizzazione, ove permessa, debba essere effettuata ai danni della parte previamente condannata, che nel caso in specie corrisponde all'UE nella sua interezza.

La Commissione, chiamata a valutare il reclamo, non ravvisava nella fattispecie un ostacolo agli scambi e pertanto concludeva che non era necessario, nell'interesse della Comunità, promuovere alcuna azione specifica a riguardo¹⁸⁰.

Il provvedimento con cui veniva chiusa la procedura d'esame è stato successivamente impugnato innanzi al Tribunale di primo grado. L'esame dei motivi di gravame avanzati dai ricorrenti ha imposto chiarimenti in ordine proprio alla nozione di "interesse comunitario" impiegata nel TBR. Sul punto i giudici, partendo dal presupposto per cui il regolamento n. 3286/94 non definisce il significato di tale espressione, pur richiamandola costantemente, affermano che essa assuma valore diverso a seconda delle fasi della procedura d'esame in cui viene in rilievo. In apertura d'inchiesta, la «valutazione di situazioni economiche complesse» è diretta semplicemente ad accertare che vi sia un *fumus* di ostacolo agli scambi che giustifichi l'esame del reclamo da parte della Commissione; a chiusura delle indagini, l'interesse comunitario è valutato nella sua sussistenza in maniera completa e definitiva. Solo in questa occasione l'istituzione competente assume le decisioni rilevanti in ordine alle eventuali misure da adottare sul piano internazionale in risposta a politiche commerciali avverse.

Perché le Comunità possano motivarsi a reagire a pratiche pregiudizievoli è necessario che i soggetti che le denunciano abbiano subito un danno effettivo dalla loro implementazione. E' infatti escluso che un azione possa essere

¹⁸⁰ Decisione 2002/604/CE (GUCE, 24 luglio 2002, L195/72).

intrapresa per principio o *in abstracto*. Questo non significa però che l'interesse comunitario arrivi a confondersi con quello di chi attiva la procedura ai sensi del TBR, comportando le prime valutazioni di ordine assolutamente diverso, spesso sfocianti in calcoli di opportunità politica.

Sulla scorta di quanto illustrato, ai sensi del regolamento n. 3286/94, la discrezionalità di cui gode la Commissione nel decidere se sussistano validi motivi per agire in tutela di un ricorrente è equiparabile a quella di cui usufruisce un qualunque Stato quando debba determinarsi in ordine al ricorso alla protezione diplomatica dei propri nazionali.

IV.7.c I provvedimenti che la Commissione assume ai sensi del *Trade Barriers Regulation* sono suscettibili di controllo da parte degli organi giurisdizionali comunitari tramite la promozione di ricorso in annullamento.

Il sindacato esercitabile nell'occasione interesserà anzitutto il rispetto dei diritti procedurali del ricorrente. Questi riguardano: l'avvio della procedura d'esame del proprio reclamo quando il medesimo risulti *prima facie* fondato; il successivo svolgimento di un'indagine relativa ai fatti denunciati; l'intrapresa di azioni sul piano internazionale da parte delle Comunità quando siano soddisfatti i requisiti di cui al TBR; l'emissione ad opera della Commissione di provvedimenti motivati di chiusura della procedura, e quindi impugnabili; l'accesso ai documenti del procedimento e la comunicazione della sua conclusione.

I giudici comunitari potranno tuttavia verificare anche se i fatti sulla base dei quali è stata assunta la decisione contestata siano stati ricostruiti correttamente e che non sia stato trascurato alcun elemento la cui considerazione avrebbe potuto ricondurre all'esistenza di una pratica commerciale illecita. Il controllo

giurisdizionale comprenderà inoltre l'insussistenza di errori manifesti nell'analisi della fattispecie concreta, del vizio di sviamento di potere e, quando si contesti in particolare la valutazione del c.d. "interesse comunitario", di eventuali errori di diritto.

La legittimazione a ricorrere da parte di persone fisiche o giuridiche è tuttavia presidiata da severi limiti. Non rientrando nella categoria dei c.d. "ricorrenti privilegiati" ex art. 230 del Trattato CE queste potranno esperire azione di annullamento solo dimostrando un interesse personale, effettivo ed attuale derivante dalla lesione dei propri interessi. Accanto ai destinatari formali del provvedimento possono agire per la sua rimozione anche soggetti terzi, purchè l'atto li riguardi individualmente, coinvolgendoli in ragione di certe qualità personali o di particolari circostanze di fatto atte a distinguerli da ogni altra persona e per questo li identifichi alla stregua di veri e propri destinatari¹⁸¹.

IV.7.d L'analisi della prassi dimostra che la vigenza del TBR non ha impedito, specie nei primi anni di vigenza, che i privati continuassero a denunciare in via informale alla Commissione l'esistenza in proprio danno di ostacoli agli scambi mantenuti da Stati terzi. Questo rilievo potrebbe far pensare che il regolamento comunitario abbia fallito nei suoi scopi.

Il tentativo di dare una spiegazione al fenomeno potrebbe far leva sulla resistenza al cambiamento offerta da pratiche consolidate: la tradizione che vedeva gli industriali servirsi della mediazione dei governanti nazionali per far giungere le proprie istanze a livello comunitario, venuta alla luce quando

¹⁸¹ Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sentenza 15 luglio 1963, *Plaumann*, causa 25/62, in *Raccolta*, 195.

l'integrazione era ad uno stato embrionale, si sarebbe radicata a tal punto che ogni innovazione in materia ha finito per essere accolta con poco entusiasmo.

Una conclusione del genere pecca di estrema superficialità come ci si potrà rendere conto approfondendo l'analisi.

Il regolamento comunitario n. 3286/94 ha il suo aspetto più significativo nella vocazione settoriale delle procedure che disciplina. Costituendo un vero e proprio strumento di politica commerciale, esso opera una selezione accurata dei pregiudizi agli scambi che possono essere denunciati. Siamo ben lontani dalla possibilità di reagire alle conseguenze derivanti dalla violazione da parte di un Paese terzo di un qualunque obbligo che gli faccia capo; neppure tutti gli ostacoli agli scambi possono essere oggetto di ricorso, rilevando solo quelli che spieghino effetti nel mercato comunitario. Questo primo grande elemento di discriminazione rispetto alla tutela *tout court* che lo Stato può decidere di accordare al cittadino che sia stato leso da un illecito internazionale può spiegare la necessità avvertita dai privati di indirizzare per altra via alle istituzioni competenti reclami che ai sensi del TBR sarebbero altrimenti inammissibili o dei quali sia dubbia l'ammissibilità.

Il fatto che si continuino a promuovere ricorsi informali si giustifica anche con la circostanza che una procedura a carattere pubblico, connotata per giunta da un alto livello di trasparenza, può risultare tutt'altro che gradita a quelle imprese che intendano denunciare il pregiudizio loro arrecato dal comportamento commerciale di un determinato Stato e al contempo, nel timore di ritorsioni, desiderino godere dell'anonimato¹⁸².

¹⁸² M. BRONCKERS, N. MCNELIS, *The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age*, in *Journal of World Trade*, 2001, pag. 57 ss.

L'alto grado di approfondimento delle questioni legali ed economiche che i meccanismi del TBR impongono rende particolarmente elevate le spese di consulenza che i denunciati devono sopportare per accedervi. Ne consegue che la scelta di chiedere la protezione delle istituzioni comunitarie in via confidenziale può in alcuni casi essere anche dettata da esigenze di risparmio di risorse.

Se è vero che il *Trade Barriers Regulation* nasce come strumento a protezione soprattutto dei diritti che derivano alle Comunità dalla partecipazione all'OMC, non è affatto scontato che all'accertamento dell'esistenza di un ostacolo agli scambi denunciato da una persona fisica o giuridica consegua un ricorso automatico alla procedura per la risoluzione delle controversie amministrata presso il sistema commerciale multilaterale.

Il negoziato con la controparte statale, infatti, è la strada preferita dalle istituzioni comunitarie per risolvere le controversie in materia di scambi commerciali che le vedono coinvolte. A ciò si aggiunga che la Commissione può legittimamente accettare che il pregiudizio arrecato all'industria comunitaria operante in un dato settore merceologico venga controbilanciato con concessioni riguardanti altro tipo di beni, impedendo così che il privato che abbia denunciato il pregiudizio riceva compensazione.

I motivi che possono spingere una persona fisica o giuridica a tralasciare di ricorrere al *Trade Barriers Regulation* per soddisfare le sue esigenze di tutela vanno quindi ben oltre l'esistenza di un canale preferenziale che tramite i politici locali è in grado di far giungere le proprie istanze a livello sopranazionale. Si tratta di valutazioni di opportunità che vanno necessariamente ricondotte alla confronto tra costi e benefici che ciascun operatore economico effettua per orientare al meglio le proprie azioni. Le

strategie che l'operatore commerciale adotta risentono delle specificità del singolo pregiudizio subito e pertanto dal loro contenuto nessuna conseguenza può trarsi in ordine al successo o meno della disciplina comunitaria.

IV.8. L'attitudine complessiva della protezione diplomatica a rispondere alle esigenze di tutela degli operatori commerciali può essere apprezzata correttamente solo alla luce degli sviluppi più recenti registrati in materia.

Le norme consuetudinarie che disciplinano l'istituto hanno visto la propria genesi in un contesto in cui a ciascuno Stato veniva riconosciuto un potere sovrano estremamente penetrante sul proprio territorio e sui propri sudditi, giustificato, secondo alcuni, dalla titolarità di un diritto di natura reale su di essi¹⁸³.

Nell'ordinamento internazionale, le persone fisiche e giuridiche costituivano dunque meri oggetti nella disponibilità dei Paesi di provenienza e di conseguenza, come affermato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Mavrommatis*¹⁸⁴: «[...] By taking up the case of one of its subjects and by resorting to diplomatic action or international judicial proceedings on his behalf, a State is in reality asserting its own rights [...]».

In senso concorde, si riteneva inoltre che il diritto internazionale non imponesse agli Stati alcun obbligo di trasferire ai privati per i quali avesse

¹⁸³ R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968, pag. 649. Lo stesso Autore, sulla relazione tra Stato e individuo, puntualizza: «la tesi da preferire ci sembra quella che configura il diritto dello Stato sui sudditi come un diritto *reale di sovranità*. Il suddito infatti appartiene allo Stato nel senso più pieno della parola, lo Stato può disporre nel modo più *completo*, fisicamente e moralmente. [...] Lo Stato può adottare nei riguardi dei propri sudditi ogni misura coercitiva, impedire ad essi di uscire dal territorio, costringerli a prestare servizi personali di ogni specie; disporre dei loro beni, dei loro rapporti. Anche ove il suddito sia autorizzato ad uscire dal territorio, il potere dello Stato lo segue ovunque» (pag. 647).

¹⁸⁴ *P.C. I. J. Reports, Series A*, No. 2, pag. 12

agito in tutela l'eventuale indennizzo ottenuto in ragione del pregiudizio loro arrecato. Quest'ultima avrebbe costituito infatti una pretesa creditoria avente mera rilevanza interna¹⁸⁵.

Date queste premesse, la prassi si è sviluppata nel segno che la scelta del Paese di provenienza di intervenire o meno a tutela di un proprio nazionale fosse ampiamente discrezionale e costituisse l'esito di valutazioni inerenti il tipo di individuo che ha subito la lesione, la gravità dell'offesa, la qualità dei rapporti con lo Stato offensore e il grado di dell'aspirazione a conseguire una posizione di prestigio internazionale ovvero a captare il favore dei propri cittadini sul piano interno.

Il recente fenomeno di attribuzione di diritti ed obblighi ai singoli da parte di strumenti internazionali, spesso accompagnatosi alla creazione di appositi organi giurisdizionali cui questi sono legittimati ad accedere direttamente, ha prodotto una trasformazione significativa dei rapporti tra Stato e sudditi.

Per i profili che attengono alla nostra ricerca, il riconoscimento da parte dell'ordinamento internazionale di situazioni soggettive strettamente pertinenti la persona umana ha fatto in modo che, quando le medesime subiscano una lesione, lo Stato che eserciti la protezione diplomatica si trovi ad agire non solo a titolo proprio ma pure, diversamente che in passato, per salvaguardare posizioni estranee alla sua sfera giuridica¹⁸⁶.

¹⁸⁵ V. la posizione di J. LUSH nel caso *Rustomjee v. The Queen*, (1876) 1 Q. B. D. 487, a pag 497.

¹⁸⁶ Questa evoluzione è registrata in P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, cit. e G. GAJA, *Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (DIR.), *La protection diplomatique*, cit., p. 63 ss.

Si tratta di una tendenza che trova riscontro nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati approvato dalla Commissione di diritto internazionale nell'estate del 2001.

In proposito, l'art. 33, par. 2, inserito nella parte II del progetto, si cura di precisare: «this Part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State». Contemporaneamente, l'art. 48, par. 2, lett. b) stabilisce che l'obbligo di riparazione può essere invocato nei confronti dello Stato che ha perpetrato l'offesa «in the interest of the injured State or of the beneficiaries of the obligation breached».

La Corte internazionale di giustizia si è pronunciata in conformità nell'affare *LaGrand* dichiarando che l'art. 36, par. 1, della Convenzione di Vienna del 24 giugno 1963 sulle relazioni consolari, riguardante l'obbligo dello Stato territoriale di informare lo straniero in condizione di arresto o detenzione della possibilità di riferirsi all'ufficio consolare del proprio Paese, «creates individual rights, which [...] may be invoked in this Court by the national State of the detained person»¹⁸⁷.

Nel disciplinare le conseguenze riconducibili agli illeciti commessi dagli Stati, l'*International Law Commission* apre alla considerazione degli interessi privati senza curarsi se essi facciano capo ad una persona fisica o giuridica. Riteniamo tuttavia che l'attuale stato della prassi internazionale costringa a trattare questi due casi in maniera differente. Se infatti non vi è dubbio che l'individuo veda la propria persona sempre

¹⁸⁷ Sentenza del 27 giugno 2001, *Germania c. Stati Uniti d'America*, in *I. C. J. Reports*, 2001, p. 494 (par. 77)

Alla luce dei menzionati sviluppi viene da chiedersi se, in casi particolari, possa concludersi che al Paese di origine di una persona fisica o giuridica debba essere preclusa ogni valutazione discrezionale e l'azione in protezione diplomatica risulti obbligatoria ai sensi del diritto internazionale¹⁸⁸.

Il tentativo di ricostruire una regola consuetudinaria in tal senso passa attraverso l'analisi della giurisprudenza nazionale, che fornisce in tema dati di sicuro interesse.

Tra le prime sentenze che hanno affrontato il problema, va annoverata quella resa il 16 dicembre 1980 dal Tribunale costituzionale federale tedesco in ordine al caso *Hess*¹⁸⁹.

Il noto gerarca nazista, condannato per crimini contro la pace dal Tribunale di Norimberga, era detenuto sotto il controllo delle potenze occupanti. Le sue autorità nazionali ne sollecitavano il rilascio, motivandolo con il fatto che presenti precarie condizioni di salute, ma omettono di assumere iniziative più incisive sul piano internazionale. Il ricorso ai giudici fu dettato nell'occasione proprio dalla volontà di accertare l'adeguatezza o meno della tutela offerta dal Governo federale al proprio cittadino.

La Corte, ribadendo l'ampia discrezionalità statale in ordine all'*an* e al *quomodo* della protezione diplomatica, tenne tuttavia a precisare la necessità che ogni scelta sul punto fosse conforme a criteri di ragionevolezza e non arbitrarietà, requisiti che ritenne sussistenti in concreto nel comportamento osservato dalla Germania Federale.

¹⁸⁸ Il caso che si propone allo studio è ben diverso da quello in cui allo Stato derivi l'obbligo giuridico di proteggere i propri cittadini ai sensi di una disposizione del sistema giuridico nazionale, normalmente di rango costituzionale.

¹⁸⁹ *International Law Reports*, vol. 90, pag. 395.

Una posizione affine a quella riportata si rinviene nella giurisprudenza del Tribunale federale elvetico¹⁹⁰.

Più diffusamente, elementi a favore di una compressione della discrezionalità statale in materia di protezione diplomatica sono stati forniti di recente dalla Court of Appeal britannica nella pronuncia *Abbasi*¹⁹¹.

In relazione alla vicenda di un britannico catturato in Afghanistan e successivamente trasferito presso la base statunitense di Guantanamo, a Cuba, l'organo giudicante ha sostenuto la piena legittimità dell'aspettativa che ciascun cittadino coltiva in ordine all'intervento in protezione diplomatica del proprio Paese di origine qualora un proprio diritto fondamentale sia violato. Gli spazi di inazione dei governi sarebbero tanto più ristretti quanto più grave è la violazione subita dal singolo.

Non dovrebbero esserci problemi particolari ad estendere i principi dettati dalla menzionata giurisprudenza interna alle fattispecie di maggior interesse ai fini della nostra ricerca, in cui ad essere pregiudicato sia il diritto di proprietà o alla libera iniziativa economica, costituendo entrambi diritti fondamentali dell'uomo¹⁹².

L'univocità dei richiami giurisprudenziali effettuati ci porta a concludere che, se il loro numero esiguo ancora non consente di parlare della formazione di una regola consuetudinaria che limiti la discrezionalità statale nel ricorso alla

¹⁹⁰ Caso *N. et consorts c. Confédération suisse*, in *Zeitschrift für int. und europäisches Recht*, 1996, pag. 614 ss.

¹⁹¹ Supreme Court of Judicature – Court of Appeal (Civil Division), sentenza del 6 novembre 2002, in *International Legal Materials*, 2003, pag. 355 ss.

¹⁹² Vedi G. MARCEAU, *Omni Dispute Settlement and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2002, pag. 753 ss.; P. ALSTON, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law*, in *European Journal of International Law*, 2002, pag. 815 ss.

protezione diplomatica, possono nutrirsi speranze in tal senso in una prospettiva *de jure condendo*.

In questo contesto si inserisce la proposta, avanzata dal Dugard in seno alla Commissione di diritto internazionale, che il Paese di origine fosse costretto a tutelare l'individuo, qualora questi non avesse diritto ad accedere ad una giurisdizione internazionale, in relazione a danni che gli fossero derivati dalla violazione di norme di *jus cogens*, ritenute espressione dei valori fondamentali della comunità degli Stati. Il dovere di protezione, secondo la previsione normativa, sarebbe venuto meno quando fosse stato in grado di pregiudicare il superiore interesse dell'ente statale o dei suoi cittadini, quando la tutela dell'individuo fosse stata approntata già da un altro Paese oppure la persona offesa non avesse la nazionalità dominante ed effettiva dello Stato onerato. Le corti interne o autorità nazionali indipendenti sarebbero state delegate a sorvegliare sull'osservanza della disposizione¹⁹³.

I commenti all'iniziativa non sono stati tutti favorevoli e non a caso essa ha conosciuto un esito negativo. Molte delle critiche a suo tempo avanzate appaiono comunque infondate. Ad esempio, è stato sostenuto che la regola in discussione non chiariva se il diritto a pretendere la protezione diplomatica fosse esclusivamente dell'individuo danneggiato o anche della comunità degli Stati, discorrendosi di violazione di norme di *jus cogens*, il cui obbligo di osservanza vale *erga omnes*. Il rilievo non ci sembra pertinente: se la disposizione proposta dal Dugard non menziona nel testo anche gli Stati diversi da quello offensore come titolari della situazione giuridica in questione è solo perché ciò è implicito nel riferimento al diritto cogente. Risulta poco chiaro poi per quale motivo la violazione di obblighi che uno Stato ha nei confronti

¹⁹³ J. DUGARD, *First report on diplomatic protection*, U.N. Doc.A/CN.4/506, parr. 74 ss.

dell'intera comunità internazionale, pur comportando il pregiudizio di un interesse individuale, debba considerarsi, come qualcuno ritiene, un affare estraneo all'ambito di applicazione della protezione diplomatica.

Ci sembra piuttosto che le vere difficoltà applicative che la regola avrebbe potuto incontrare sarebbero sorte in relazione al fatto che, nonostante i tentativi di specificazione continuamente svolti dalle giurisdizioni internazionali, il catalogo delle norme di diritto cogente resta ancora nebuloso¹⁹⁴.

La disposizione in questione, per come era stata strutturata, presentava inoltre un evidente debolezza intrinseca, capace di neutralizzare ogni velleità innovativa. Ci riferiamo alla possibilità per un Paese di esimersi dall'assistere un proprio cittadino adducendo la necessità di conservare intatti superiori interessi nazionali, rispetto al cui apprezzamento le autorità interne avrebbero avuto margini di discrezionalità amplissimi e difficilmente sindacabili¹⁹⁵.

Date le premesse, l'introduzione nel Progetto di articoli sulla protezione diplomatica di una norma del tenore di quella analizzata avrebbe quindi difficilmente potuto contribuire ad uno sviluppo progressivo del diritto internazionale generale verso la direzione desiderata del rafforzamento della tutela dell'individuo. Essa testimonia comunque l'assoluta sensibilità verso un tema che in un futuro neppure tanto remoto potrebbe conoscere ben più significativi sviluppi.

Non manca tuttavia chi ritiene che il ricorso alla protezione diplomatica per la tutela degli interessi privati lesi dalla violazione di norme OMC non sia

¹⁹⁴ Il rilievo è svolto da J.-F. FLAUSS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, in J.-F. FLAUSS (DIR.), *La protection diplomatique*, Bruxelles, op. cit., p. 60. Un tentativo di ricostruzione del contenuto dello *jus cogens* può leggersi in B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2002, p. 184 ss.

¹⁹⁵ P. H. KOOIJMANS, *Is the right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di Dir. Int.le in Onore di G. Arangio Ruiz*, 2004, 3, 1975 ss.

possibile asserendo che «i diritti economici e quelli commerciali che possono competere ai privati derivano unicamente dall'attuazione degli obblighi internazionali assunti dagli Stati tramite l'adesione all'accordo Omc. Se uno Stato non vi ottempera commette un illecito internazionale che è unicamente rivolto agli altri Stati membri dell'Organizzazione e non ai privati. Ne consegue che il previo esaurimento dei ricorsi interni non può operare [...]»¹⁹⁶. Stando ai suoi sostenitori, un simile orientamento troverebbe sostegno nella giurisprudenza della corte internazionale di giustizia e in particolare nella sentenza *Interhandel*¹⁹⁷.

A nostro modo di vedere, la stretta derivazione delle situazioni soggettive di pertinenza dell'individuo dalle obbligazioni assunte sul piano internazionale dagli Stati non costituisce affatto un tratto distintivo della sola materia del commercio internazionale. Lo stesso accade, ad esempio, nell'ambito dei diritti umani, la cui codificazione è avvenuta attraverso convenzioni che, in quanto tali, vedono esclusivamente gli Stati come contraenti e formali destinatari delle disposizioni ivi contenute¹⁹⁸. Tale circostanza non ha mai impedito di riconoscere la pertinenza individuale degli interessi protetti da quest'ultimo novero di norme, essendo la sostanza del precetto e non la sua considerazione *a parte subjecti* a trovare in questo caso considerazione. Non sembrano

¹⁹⁶ G. PERONI, *La tutela degli interessi privati nel sistema OMC ed il possibile concorso di giurisdizione con altri ordinamenti ad esso esterni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pag. 745.

¹⁹⁷ Sentenza del 21 marzo 1959, *Interhandel case*, in *I.C.J. Reports* 1959, pag. 6 ss.

¹⁹⁸ Il tenore letterale del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici sul punto appare quanto mai significativo: «Ciascuno degli Stati parti del presente Patto si impegna a ed a garantire a tutti gli individui che si trovino sul suo territorio e siano sottoposti alla sua giurisdizione i diritti riconosciuti nel presente Patto [...] (art. 2.1); «Gli Stati parti del presente Patto s'impegnano a garantire agli uomini e alle donne la parità giuridica nel godimento di tutti i diritti civili e politici enunciati nel presente patto» (art. 3).

soccorrere adeguate motivazioni perché i due settori di disciplina subiscano, con riferimento al profilo oggetto di analisi, un diverso trattamento.

Appare inoltre fuorviante il rinvio al caso *Interhandel* al fine di sostenere che la violazione delle disposizioni OMC rappresenti un illecito internazionale rivolto solo agli Stati e come tale non legittimi l'esercizio della protezione diplomatica.

La sentenza richiamata fu pronunciata in occasione di un'azione infruttuosamente promossa dalla Svizzera contro gli Stati Uniti d'America, diretta ad ottenere, in via principale, la restituzione dei beni appartenenti ad una persona giuridica che erano stati sottoposti a misure restrittive per il presunto carattere "nemico" dei soggetti che la controllavano. Nella fattispecie il rigetto della domanda elvetica non intervenne affatto quale conseguenza del riconoscimento da parte dei giudici internazionali del carattere meramente statale degli interessi lesi. Anzi, proprio la circostanza che la Svizzera avesse fatto ricorso ai giudici internazionali nell'esercizio della protezione diplomatica indusse i giudici a verificare se il presupposto del previo esaurimento dei ricorsi interni fosse stato soddisfatto¹⁹⁹. L'esito negativo di un tale controllo giustificò l'adozione di un verdetto sfavorevole alle autorità elvetiche.

Proprio la risposta che la protezione diplomatica può fornire alle esigenze di tutela degli interessi economici e commerciali privati nel contesto del sistema commerciale multilaterale fornisce in ogni caso un valido argomento a

¹⁹⁹ La Corte Internazionale di Giustizia qualifica espressamente la controversia quale «dispute in which the Swiss Government appears as having adopted the cause of its national, *Interhandel*, for the purpose of securing the restitution to that company of assets vested by the Government of the United States» e quindi commenta: «this is one of the very cases which give rise to the application of the rule of the exhaustion of local remedies» (*Interhandel case*, cit., pagg. 26-27).

discredito delle voci che vorrebbero avvalorare l'obsolescenza di un tale istituto.

In un approccio volto a garantire all'individuo la possibilità di confidare su un ampio numero di mezzi per salvaguardare la propria sfera di interessi, tale forma di tutela ha semplicemente cambiato funzione: da strumento principe è divenuta istituto di garanzia, *ultima ratio*²⁰⁰ indispensabile quando specifici limiti *ratione materiae*, *ratione personarum*, *ratione temporis*, *ratione loci* privano il soggetto dell'accesso diretto alla tutela giurisdizionale internazionale²⁰¹.

²⁰⁰ Condividiamo quindi la visione espressa da L. CONDORELLI, *L' évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (ED.), *La protection diplomatique*, cit. , pag. 3 ss.

²⁰¹ «At this stage of world integration, it is too early to imagine access of private parties before the WTO dispute settlement procedures [...]. We are left essentially with two options in order to protect private parties' interests: that of direct effect and [...] the option offered by instruments of diplomatic protection. The first option is problematic as well. It is not the eventual asymmetry that creates problems (although, realistically, governments very often justify their own violations of an international treaty by pointing out violations committed by their partners). It is the limited scope that direct effect can have. [...] To a large extent, it seems that instruments of diplomatic protection will remain the only available means to protect private parties' concern for quite some time» (P. C. MAVROIDIS, W. ZDOUC, *Legal Means to protect Private Parties Interests in the WTO. The Case of the EC Trade Barriers Regulation*, cit., pag. 432.)

CAPITOLO V

GLI *AMICI CURIAE* NEL SISTEMA DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE AMMINISTRATO PRESSO L'OMC

Sommario: **V.1** Brevi cenni sull'istituto degli *amici curiae*. - **V.2** La disciplina dedicata dall'Intesa alla partecipazione di soggetti terzi rispetto alle parti in lite. - **V.3** (Segue) Le argomentazioni della dottrina a sostegno dell'esclusione degli *amici curiae* dalle procedure della DSU.- **V.4** Il fondamento giuridico della partecipazione degli *amici curiae* alle procedure celebrate dinanzi al *panel* come ricostruito nel caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*. - **V.5** *Amici curiae* e fase di appello - **V.6** La regolamentazione dell'accesso degli “amici della corte” ai meccanismi di soluzione delle controversie. - **V.7** Sulla compatibilità del ruolo svolto dagli *amici curiae* con le regole e principi cui la procedura contenziosa si conforma.

V.1 L'opportunità di conseguire la protezione di interessi non statali in ambito OMC trova riscontro anche nell'applicazione di strumenti processuali di origine risalente, quali l'*amicus curiae*.

Questa figura di supporto dell'organo giudicante affonda le proprie radici nel diritto romano antico, laddove per prassi si chiedeva l'assistenza in giudizio di terzi al fine di ottenere informazioni o pareri su argomenti di non facile conoscibilità.

Nel quattordicesimo secolo l'istituto veniva mutuato nel sistema britannico di *Common Law*, nel diciannovesimo secolo in quello americano ed infine nei sistemi giuridici di diversi Paesi anglofoni²⁰².

Con l'introduzione in una pluralità di ordinamenti, l'*amicus curiae* ha visto progressivamente mutare la propria funzione.

²⁰² V. *Rules of the Supreme Court of Canada*, part 18.92; *Rules of the Supreme Court of India*, order IV, par. 1; *Rules of the High Court of New Zealand*, rule 81.

Da assistente imparziale dell'organo giudicante ha finito per trasformarsi in interventore interessato, che propone argomentazioni giuridiche al fine di ottenere un pronunciamento favorevole alla posizione di cui si rende fautore. Pur restando estraneo alla controversia, questi ostenta quindi un giustificato interesse riguardo il modo in cui essa verrà risolta.

Anche per questo motivo, la prassi sviluppata negli ordinamenti inglese e statunitense sembra orientata favorire la partecipazione dei “*friends of court*” non più soltanto nei casi in cui il giudizio richieda la soluzione di questioni giuridiche complesse ma anche quando comporti una presa di posizione su questioni di ordine etico o di altra indole che trascendono, per importanza, la singola fattispecie^{203 204}.

In tempi più recenti l'intervento di *amici curiae* è disciplinato anche presso talune istanze giurisdizionali internazionali.

L'art. 36 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ad esempio, prevede espressamente, al secondo comma, che nell'interesse della buona amministrazione della giustizia il presidente della Corte possa invitare qualunque soggetto che non sia parte della controversia a formulare osservazioni scritte o a partecipare ad udienze.

²⁰³ Cfr. V. BAZAN, *El amicus curiae en clave de derecho comparado y su receinte impulso en el derecho argentino*, in *Cuestiones Constitucionales*, 12 (2005), pag. 29 e ss.

²⁰⁴ La partecipazione degli *amici curiae* è stata ad esempio garantita in Gran Bretagna nel giudizio di appello relativo alla questione della separazione chirurgica di due gemelle siamesi che condividevano gli organi vitali. L'intervento medico, in quel caso, garantiva ragionevoli aspettative di vita solo per una di esse, producendo come conseguenza quasi necessaria la morte dell'altra. V. Court of Appeal re A (Children), Ward, Brooke and Walker, Judgment delivered 22 September 2000, in *Bullettin of Medical Ethics*, n. 161, September 2000, pag. 17 e ss.

Non sempre, tuttavia, il fondamento giuridico della partecipazione degli *amici* al giudizio risulta di agevole determinazione.

Il Regolamento della Corte Interamericana dei Diritti Umani, ad esempio, non disciplina la materia in un'unica disposizione, per cui la partecipazione di tale categoria di soggetti alle procedure consultive e contenziose è giustificata, per via interpretativa, richiamando il combinato disposto degli artt. 63.3 e 45.3²⁰⁵.

La mancanza anche nella *Dispute Settlement Understanding* di indicazioni univoche ha comportato che l'introduzione della figura dell'*amicus curiae* nelle procedure contenziose presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio avvenisse in maniera fortemente controversa.

V.2 L'Intesa disciplina in maniera tutt'altro che diffusa l'intervento nel meccanismo di risoluzione delle controversie di soggetti terzi rispetto alle parti in lite.

Sono solo due le disposizioni che prendono in considerazione l'argomento con riferimento alla fase decisoria demandata al *panel* di esperti.

L'art. 10, in particolare, si occupa di stabilire il diritto per il Membro di essere ascoltato dal *panel* e depositare memorie scritte quando ritenga di essere

²⁰⁵ Le disposizioni citate recitano, rispettivamente: «En cualquier estado de la causa la Corte podrá: [...] Solicitar a cualquier entidad, oficina, órgano o autoridad de su elección, que obtenga información, que exprese una opinión o que haga un informe o dictamen sobre un punto determinado. Mientras la Corte no lo autorice, los documentos respectivos no serán publicados. »; «El Presidente podrá invitar o autorizar a cualquier persona interesada para que presente su opinión escrita sobre los puntos sometidos a consulta. Si la solicitud es de aquéllas a que se refiere el artículo 64.2 de la Convención, lo podrá hacer previa consulta con el Agente.»

portatore di un interesse sostanziale rispetto ad una controversia intercorrente tra altri Stati²⁰⁶.

L'art. 13, invece, conferisce ai *panelists* la facoltà di richiedere informazioni utili all'espletamento delle loro funzioni a qualunque persona fisica o organo, specificando che il Paese membro sotto la cui giurisdizione si trovino tali soggetti è tenuto a collaborare prontamente e senza riserve ogniqualvolta venga informato dell'inoltro di una richiesta²⁰⁷.

In sede di appello, l'art. 17, par. 4 stabilisce il diritto per i Membri che abbiano partecipato in qualità di terzi al giudizio dinanzi al *panel* di essere ascoltati dall'*Appellate Body* e depositare memorie ma chiarisce pure che la

²⁰⁶ «1. The interests of the parties to a dispute and those of other Members under a covered agreement at issue in the dispute shall be fully taken into account during the panel process.

2. Any Member having a substantial interest in a matter before a panel and having notified its interest to the DSB (referred to in this Understanding as a “third party”) shall have an opportunity to be heard by the panel and to make written submissions to the panel. These submissions shall also be given to the parties to the dispute and shall be reflected in the panel report.

3. Third parties shall receive the submissions of the parties to the dispute to the first meeting of the panel.

4. If a third party considers that a measure already the subject of a panel proceeding nullifies or impairs benefits accruing to it under any covered agreement, that Member may have recourse to normal dispute settlement procedures under this Understanding. Such a dispute shall be referred to the original panel wherever possible.»

²⁰⁷ « 1. Each panel shall have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate. However, before a panel seeks such information or advice from any individual or body within the jurisdiction of a Member it shall inform the authorities of that Member. A Member should respond promptly and fully to any request by a panel for such information as the panel considers necessary and appropriate. Confidential information which is provided shall not be revealed without formal authorization from the individual, body, or authorities of the Member providing the information.

2. Panels may seek information from any relevant source and may consult experts to obtain their opinion on certain aspects of the matter. With respect to a factual issue concerning a scientific or other technical matter raised by a party to a dispute, a panel may request an advisory report in writing from an expert review group. Rules for the establishment of such a group and its procedures are set forth in Appendix 4.»

legittimazione ad impugnare il *report* del gruppo di esperti resta di esclusiva pertinenza delle parti.

Il par. 9 del medesimo articolo conferisce in ogni caso all'Organo di appello, in consultazione con il Presidente del DSB e con il Direttore generale, la facoltà di elaborare procedure di lavoro, delle quali poi vengono informati Membri²⁰⁸.

V.3 Una parte della dottrina interpreta il quadro normativo tracciato nel paragrafo precedente in maniera da imporre notevoli limitazioni all'accesso di soggetti non statali alle procedure amministrative dalla *Dispute Settlement Understanding*.

Secondo un Autore, l'applicazione del canone esegetico dell'*expressio unius* al dettato dell' art. 10 della DSU ha la conseguenza di mettere in rilievo come il conferimento al solo «Member having a substantial interest in a matter» del diritto di partecipare alla controversia in qualità di terzo escluda che la medesima possibilità possa garantirsi a Stati che non abbiano aderito all'OMC o addirittura a soggetti che non abbiano natura statale²⁰⁹.

Altri perviene alla medesima conclusione applicando i criteri interpretativi dettati dall'art.31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati all'art. 13.1 della DSU e in particolare all'enunciato secondo cui «Each panel shall

²⁰⁸ « 4. Only parties to the dispute, not third parties, may appeal a panel report. Third parties which have notified the DSB of a substantial interest in the matter pursuant to paragraph 2 of Article 10 may make written submissions to, and be given an opportunity to be heard by, the Appellate Body [...]

9. Working procedures shall be drawn up by the Appellate Body in consultation with the Chairman of the DSB and the Director-General, and communicated to the Members for their information.

²⁰⁹ J. ROBBINS, *False friends: amicus curiae and procedural discretion in WTO appeals under the Hot-rolled Lead / Asbestos doctrine*, in *Harvard International Law Journal*, 44 (2003), pag. 320.

have the right to seek information and technical advice from any individual or body which it deems appropriate».

Stando a questa tesi, l'*ordinary meaning* dell'espressione "seek ... for", corrispondente all'italiano "richiedere", comporta un ruolo attivo del gruppo di esperti nella raccolta da fonti terze delle informazioni utili all'espletamento del proprio mandato, dovendosi quindi escludere che la norma conferisca il diritto a qualsiasi soggetto di indirizzare memorie al *panel* di propria iniziativa.

L'analisi del contesto in cui l'art. 13.1 è collocato dimostrerebbe come l'interpretazione restrittiva fornita sia l'unica compatibile con il divieto per il *Dispute Settlement Body* di emanare decisioni che limitino i diritti di pertinenza dei membri OMC, tra i quali viene annoverato quello di definire espressamente quali soggetti siano legittimati a partecipare alle procedure previste dall'Intesa. Questa esegesi sarebbe confermata dall'oggetto e scopo dell'Intesa, individuato nella definizione di meccanismi di risoluzione delle controversie a carattere esclusivamente intergovernativo, che non contemplano quindi il coinvolgimento di privati²¹⁰.

L'impossibilità che soggetti privati siano coinvolti in qualità di *amici curiae* nelle procedure disciplinate dall'Intesa è argomentata anche partendo dal presupposto che solo gli Stati e le organizzazioni internazionali siano in linea di principio dotati di soggettività internazionale. Altri tipi di enti intanto sono capaci di avere un ruolo nell'ambito del diritto internazionale in quanto questo sia loro conferito dagli Stati medesimi. Non essendo stata assunta alcuna decisione espressa in merito alla partecipazione degli *amici curiae* alle

²¹⁰ M. SLOTBOOM, *A Comparison of Wto and EC Law: Do Different Objects and Purposes Matter for Treaty Interpretation?*, Brussel, 2005, pagg. 214 ss.

procedure disciplinate dalla DSU, questi sarebbero privi di un *locus standi* dinanzi agli organi di risoluzione delle controversie.

V.4 La posizione ormai consolidata degli organi deputati alla soluzione delle controversie presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio non tiene conto dei rilievi sollevati dalla dottrina sopra esaminata.

L'*Appellate Body* ha infatti sostenuto che informazioni provenienti da soggetti non statali, anche in assenza di espressa sollecitazione, possono essere prese in considerazione dai *panel* al fine di decidere una controversia.

Questa determinazione si trova chiaramente argomentata nel *report* emesso in relazione al caso *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*²¹¹.

A seguito di un'infruttuosa richiesta di consultazioni avanzata agli Stati Uniti da India, Malaysia, Pakistan e Thailandia, questi ultimi tre Paesi avevano chiesto al *Dispute Settlement Body* l'istituzione di un *panel* di esperti che esaminasse la conformità al diritto OMC di alcuni divieti all'importazione nel mercato statunitense di gamberi e derivati. Le restrizioni erano state introdotte dalla *section 609* dell'*Endangered Species Act of 1973*²¹² a danno degli Stati che, a giudizio delle autorità americane, usassero tecniche di pesca pregiudizievoli per le tartarughe marine²¹³.

I *panelists* avevano osservato che i divieti all'importazione non potessero giustificarsi alla luce della clausola di deroga contenuta all'art. XX del GATT.

Avevano pertanto concluso che «the import ban on shrimp and shrimp products

²¹¹ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Appellate Body Report, 18 October 1998, WTO Doc. WT/DS58/AB/R.

²¹² Public Law 93-205, 16 U.S.C. 1531 *et. seq.*

²¹³ *Endangered Species Act of 1973*, Section 609(b).

as applied by the United States on the basis of Section 609 of Public Law 101-162 is not consistent with Article XI:1 of GATT 1994»²¹⁴.

Nel corso della procedura, il *panel* si era rifiutato di prendere in considerazione alcune memorie loro indirizzate da organizzazioni non governative.

Il *Panel report* veniva appellato dagli Stati Uniti che avanzavano censure relative non solo al merito ma anche al mancato esame delle “unsolicited non-governmental organizations’ submissions”. In particolare, l’appellante sottolineava che la DSU non conteneva alcuna regola che ne escludesse a priori la ricevibilità. Al contrario, una siffatta interpretazione dell’art. 13.2 avrebbe ingiustificatamente limitato la discrezionalità del *panel* nel selezionare le fonti di informazioni cui attingere ai fini dell’espletamento del mandato.

Di segno opposto risultava essere la posizione in argomento degli appellati India, Pakistan, Thailandia e Malaysia. Questi Stati, infatti, richiamavano l’esistenza di un’apposita procedura per l’assunzione di informazioni da parte dei *panelists*, che la *Dispute Settlement Understanding* articola in tre fasi: formale richiesta di parere effettuata dal gruppo di esperti; notifica allo Stato sotto la cui giurisdizione il soggetto richiesto opera; esame del parere. Osservavano altresì che il conferimento a soggetti non statali del diritto di sottoporre al *panel* memorie in assenza di sollecitazione a farlo avrebbe posto questi ultimi in una posizione di privilegio rispetto agli stessi Stati membri che, non trovandosi nella posizione di partecipare alla procedura in qualità di terzi ex art. 10 della DSU, si vedevano preclusa qualsiasi possibilità di depositare osservazioni.

²¹⁴*United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Panel Report, 15 May 1998, WTO Doc. WT/DS58/R, par. 8.1 .

L’Australia, intervenuta in qualità di terzo, interpretava la decisione del *panel* di non esaminare le memorie presentate dalle organizzazioni non governative quale legittimo esercizio di un potere discrezionale, convenendo con gli Stati Uniti che comunque l’Intesa non precludesse, in termini assoluti, le *unsolicited submissions*.

Nel pronunciarsi sulla questione, l’Organo di Appello ricostruiva in senso ampio i limiti del potere di richiedere informazioni conferito ai *panelists* dall’art. 13.2 dell’Intesa, ritenendo ciò funzionale all’espletamento del compito loro assegnato di «make an objective assessment of the matter before it, including an objective assessment of the facts of the case and the applicability of and conformity with the relevant covered agreements».

Stando all’opinione espressa dall’*Appellate Body*, il *panel* avrebbe piena discrezionalità nell’individuazione delle proprie fonti di informazione e nella valutazione dei materiali da queste ricevuti, non potendo esplicitare alcuna ripercussione sulla possibilità di utilizzarli ai fini della decisione il fatto che il loro deposito sia avvenuto o meno a seguito di apposita sollecitazione. Il tutto con l’unico limite di garantire la speditezza della procedura e non tralasciare il coinvolgimento delle parti della controversia.

L’Organo di appello ha anche ritenuto di poter consentire agli stati Membri di allegare alle proprie memorie le osservazioni avanzate dalle organizzazioni non governative quando queste non vengano presentate autonomamente, ritenendo ciò coerente con l’autorità di cui sono investiti i *panel* ai sensi dell’art. 12 e 13 della DSU.

V.5 L’Organo di appello non ha mancato di garantire anche a se stesso il potere discrezionale di prendere in considerazione le *unsolicited submissions*

provenienti da soggetti non statali, come è avvenuto nel caso *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismut Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*²¹⁵.

Il *panel report* impugnato era stato reso su richiesta delle Comunità europee e aveva accertato il contrasto con l'art. 10 dell'*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* ("*SCM Agreement*") di alcuni dazi all'importazione introdotti dagli Stati Uniti su taluni prodotti in piombo e acciaio per controbilanciare i sussidi statali garantiti dal governo britannico all'impresa produttrice quando questa era ancora di proprietà pubblica.

Due diverse organizzazioni non governative avevano sottoposto osservazioni scritte all'attenzione dell'Organo di Appello.

La Comunità si era rifiutata di replicare alle memorie denunciandone l'inammissibilità. Aveva argomentato questa posizione rilevando che nessuna norma dell'Intesa o delle *Working Procedures* abilitava soggetti privati ad indirizzare osservazioni *all'Appellate Body*. Aveva altresì rilevato che pur individuando nell'art. 13 dell'Intesa la base giuridica del potere discrezionale del gruppo di esperti di considerare le *unsolicited submissions* depositate da soggetti non statali, come era stato sostenuto in *United States – Shrimp*, l'applicazione di questa norma non poteva estendersi alla fase di impugnazione.

Considerazioni di contenuto analogo venivano espresse dal Brasile e dal Messico, intervenuti nella procedura in qualità di terzi.

Gli Stati Uniti avevano invece sollecitato l'Organo di appello a prendere in considerazione *i briefs* degli *amici curiae* ritenendo che ciò fosse consentito

²¹⁵*United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismut Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Appellate Body Report, 10 May 2000, Wto Doc. WT/DS138/AB/R.

dall'art. 16.1 delle *Working Procedures*, che abilitava l'organo ad introdurre procedure ad hoc per venire incontro ad esigenze non espressamente disciplinate dalle sue regole di funzionamento.

L'*Appellate body*, rilevava preliminarmente che né la *Dispute Settlement Understanding* né le *Working Procedures* contenevano riferimenti normativi espressi in grado di sostenere l'ammissibilità o meno dell'intervento degli *amici curiae*. Sottolineava comunque di essere dotato, ai sensi dell'art. 17.6 della DSU e dell'art. 16.1 delle *Working Procedures*²¹⁶, del potere di adottare regole di procedura non confliggenti con l'Intesa e gli altri accordi allegati per colmare eventuali lacune del rito. Sulla base di questa disposizione l'Organo di Appello derivava per sé la possibilità di prendere in considerazione qualunque tipo di informazione proveniente da soggetti non statali, purchè pertinente e utile alla definizione della controversia²¹⁷.

Tale potere veniva qualificato come assolutamente discrezionale, non costituendo la partecipazione alle procedure da parte degli *amici curiae* un

²¹⁶ «In the interests of fairness and orderly procedure in the conduct of an appeal, where a procedural question arises that is not covered by these Rules, a division may adopt an appropriate procedure for the purposes of that appeal only, provided that it is not inconsistent with the DSU, the other covered agreements and these Rules. Where such a procedure is adopted, the division shall immediately notify the parties to the dispute, participants, third parties and third participants as well as the other Members of the Appellate Body.»

²¹⁷ *United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismut Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom*, Appellate Body Report, cit., par. 39. Il ricorso all'art. 17.9 e all'art. 16.1 delle *Working Procedures* da parte dell'Organo di appello per legittimare la ricezione delle *submissions* preparate dagli *amici curiae* è stato criticato da qualche Autore ed equiparato ad una vera e propria operazione di *rule making* per la mancata attivazione della procedura di consultazione ivi prevista. La tematica è affrontata in dettaglio da A. E. APPLETON, *Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel case: another rabbit from the Appellate Body's hat?*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, pag. 691 ss.

diritto assimilabile a quello delle parti in lite e dei terzi interventori ex art. 10 DSU.

V.6 Nelle decisioni riportate, l'Organo di appello ha riconosciuto al *panel* e a se stesso, espressamente o implicitamente, una vasta gamma di poteri in materia di acquisizione di informazioni, tra i quali riteniamo possibile isolare:

- il potere di scegliere se richiedere o meno informazioni;
- il potere di selezionare le fonti di informazioni;
- il potere di accettare o meno un documento richiesto;
- il potere di accettare o meno un documento non richiesto;
- il potere di far uso delle informazioni contenute in un documento richiesto, se ritenute utili;
- il potere di far uso delle informazioni contenute in un documento non richiesto, se ritenute utili.

La discrezionalità di cui godono gli organi istituiti ai sensi dell'Intesa in materia viene meno nei soli casi in cui si autorizzi che la *unsolicited submission* venga allegata alle memorie difensive di una delle parti.

Il documento così accluso diviene parte integrante delle difese dello Stato membro, e deve come tale essere preso in considerazione²¹⁸.

²¹⁸ Condividiamo pertanto l'opinione espressa in B. STERN, *The Intervention of Private Entities and States as "Friends of the Court" in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, vol. 1, USA, pag. 1429 e ss. In senso contrario viene sostenuto che la circostanza per cui l'Organo di appello abbia ritenuto il *panel* "entitled" e non "obliged" a considerare le *submissions* allegata alle memorie delle parti stia a significare che l'organo possa anche trascurarne l'esame (Cfr. A. E. APPLETON, *Shrimp / Turtle: Untangling the Nets*, in *Journal of International Economic Law*, 2, pag. 477 e ss.)

La mera individuazione di una base giuridica a sostegno del deposito di memorie da parte di soggetti non statali nelle procedure amministrative dagli organi istituiti dall'Intesa e dei poteri in materia detenuti da questi ultimi non esaurisce tuttavia le problematiche connesse all'argomento.

La questione più rilevante riguarda senza dubbio la necessità di regolare il fenomeno delle *submissions* in dettaglio, nelle sue modalità e tempi di svolgimento.

Di grande interesse risultano in tal senso le disposizioni dettate dall'Organo di appello per disciplinare la presentazione di memorie da parte degli *amici curiae* nel caso *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products*²¹⁹ . .

Nell'occasione i privati interessati sono invitati a sottoporre all'Organo una “*application for leave*” il cui accoglimento avrebbe consentito il deposito della *submission* vera e propria.

In base ai requisiti di ordine formale dettati dall'*Appellate body* l'*application* deve: «(a) be made in writing, be dated and signed by the applicant, and include the address and other contact details of the applicant; (b) be in no case longer than three typed pages [...] ». Veniva altresì stabilito che: «Any person, whether natural or legal, other than a party or a third party to this dispute, wishing to file a written brief with the Appellate Body, must apply for leave to file such a brief from the Appellate Body *by noon on Thursday, 16 November 2000*».

Alla luce dei presupposti di cui alla lettera (a) viene escluso che l'introduzione di memorie nelle procedure contenziose amministrative presso l'OMC possa

²¹⁹ *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products*, Appellate Body Report, 12 March 2001, WTO Doc. WT/DS135/AB/R.

avvenire da parte di privati, individui o persone giuridiche, che rifiutassero di identificarsi, restando pertanto anonimi. L'identificazione delle fonti di informazioni costituisce un elemento che caratterizza in generale tutte le procedure decisorie e non sembrano soccorrere argomenti tali da indurre a considerare questa una inutile formalità.

La lunghezza massima dell'*application*, fissata in tre pagine alla lettera (b), appare funzionale ad evitare che lo svolgimento della procedura sia rallentato dalla necessità per l'*Appellate body* di prendere in esame richieste di deposito particolarmente estese. Ciò in piena conformità con l'art. 16 (1) delle *Working Procedures*.

Alla stessa esigenza di speditezza risponde la determinazione di un termine per il deposito.

Secondo i requisiti di ordine sostanziale definiti dall'Organo di appello, la richiesta di deposito di memorie deve: «(c) contain a description of the applicant, including a statement of the membership and legal status of the applicant, the general objectives pursued by the applicant, the nature of the activities of the applicant, and the sources of financing of the applicant; (d) specify the nature of the interest the applicant has in this appeal; [...] (g) contain a statement disclosing whether the applicant has any relationship, direct or indirect, with any party or any third party to this dispute, as well as whether it has, or will, receive any assistance, financial or otherwise, from a party or a third party to this dispute in the preparation of its application for leave or its written brief.».

Malgrado l'elevato numero di soggetti potenzialmente interessati a partecipare in qualità di *amici curiae* alle procedure disciplinate dall'Intesa, la scelta operata nel caso di specie non è quella di regolarne *a priori* l'accesso sulla base

di criteri di selezione predeterminati²²⁰. Tutti i privati interessati possono quindi formulare una *application for leave*, senza che la natura degli interessi rappresentati o il grado di capacità rappresentativa dei medesimi possa costituire una circostanza ostativa. Il peso di tali elementi sull'ammissibilità dell'intervento in giudizio è oggetto di valutazione discrezionale da parte dell'*Appellate body* in un momento successivo. Da qui l'onere a carico dell'*applicant* di fornire comunque informazioni a riguardo.

Gli ulteriori requisiti sostanziali della richiesta di deposito riguardano l'esigenza di « (e) identify the specific issues of law covered in the Panel Report and legal interpretations developed by the Panel that are the subject of this appeal, as set forth in the Notice of Appeal (WT/DS135/8) dated 23 October 2000, which the applicant intends to address in its written brief;(f) state why it would be desirable, in the interests of achieving a satisfactory settlement of the matter at issue, in accordance with the rights and obligations of WTO Members under the DSU and the other covered agreements, for the Appellate Body to grant the applicant leave to file a written brief in this appeal; and indicate, in particular, in what way the applicant will make a contribution to the resolution of this dispute that is not likely to be repetitive of what has been already submitted by a party or third party to this dispute».

Le condizioni di cui alla lettera (e) ed (f) hanno il precipuo scopo di tutelare la natura eminentemente intergovernativa delle procedure OMC di risoluzione

²²⁰ Una soluzione del genere è adottata, ad esempio, dallo Statuto della Corte internazionale di giustizia, che attribuisce ai giudici, quando operino in sede contenziosa, il potere di chiedere informazioni utili alla decisione alle sole “*organizzazioni pubbliche internazionali*” con esclusione quindi tanto degli individui quanto di qualsiasi altro ente di natura privata (art. 34.2). E' controverso se lo stesso debba avvenire in sede di emissione di pareri consultivi, dato che la lettera dell'art. 66.2 identifica i soggetti cui può essere indirizzata la richiesta di intervento semplicemente come “*organizzazioni internazionali*”.

delle controversie, per cui il deposito di memorie da parte di soggetti non statali quali gli *amici curiae* può avvenire solo a condizione che queste siano sorrette da un effettivo interesse, circostanziate e di contenuto originale rispetto alle altre allegazioni introdotte in giudizio. E' pertanto evidente la differenza con quanto stabilito dall'art. 10 dell'Intesa in tema di intervento di Stati terzi nella procedura dinanzi al *panel*. Questi sono messi in condizione di formulare argomentazioni anche solo riproduttive di quelle delle parti in lite laddove, notificato il proprio interesse al DSB, sono investiti dell'incondizionata «possibilità di presentare la propria posizione al panel e di inviare al panel posizioni scritte».

Ad esigenze di economia processuale e certezza non dissimili da quelle già menzionate rispondono i requisiti stabiliti per le memorie: «A written brief filed with the Appellate Body by an applicant granted leave to file such a brief shall: (a) be dated and signed by the person filing the brief; (b) be concise and in no case longer than 20 typed pages, including any appendices; and (c) set out a precise statement, strictly limited to legal arguments, supporting the applicant's legal position on the issues of law or legal interpretations in the Panel Report with respect to which the applicant has been granted leave to file a written brief».

Le indicazioni fornite nella fattispecie esaminata si prestano bene a fungere da paradigma per la redazione di una disciplina generale della partecipazione degli *amici curiae* al sistema di soluzione delle controversie

V.7 L'ammissione degli *amici curiae* nelle procedure contenziose amministrative presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio non ha mancato ovviamente

di sollevare preoccupazioni e riserve da parte delle delegazioni dei Paesi membri.

E' stato ad esempio oggetto di contestazione da parte dell'India il fatto che l'Organo di appello, attraverso le sue decisioni, abbia effettuato valutazioni di ordine politico, agendo abusivamente in supplenza dei governi²²¹.

Hong Kong ha invece sottolineato il rischio che l'apertura delle procedure contenziose alla partecipazione di "*friends of court*" possa produrre il deposito di un numero eccessivamente elevato di memorie da parte di soggetti interessati ad all'esito della controversia, rallentando il lavoro dei *panel*²²².

Riservando alla diplomazia la discussione sulle posizioni maggiormente caratterizzate ideologicamente, ci limiteremo ad alcune osservazioni sull'idea secondo cui i soggetti non statali che fanno ingresso nel sistema di soluzione delle controversie OMC, essendo autonomi centri di imputazione di interessi e in questo equiparabili alle vere e proprie parti, costituiscano una sorta di "parte occulta" che perturba l'equilibrio esistente tra gli Stati contendenti da un lato e l'organo giudicante, in posizione di terzietà, dall'altro.

Tende senza dubbio ad avvalorare questa idea la dichiarazione resa dalla delegazione messicana presso l'OMC, a parere della quale «The Appellate Body's findings, in particular [...] have paved the way for diverse groups not related to the WTO to become active participants in proceedings, with the

²²¹ «India [...] believed that the Appellate Body might have interpreted one of the important provisions of DSU loosely and wrongly [...] It appeared that by this approach the Appellate Body had transcended the strict boundaries of law and had entered into the political domain strictly preserved for Members. With regard to *amicus* brief, the Appellate Body had appeared to have let itself to be overawed by the campaign of NGOs of major trading entities» (*Minutes of meeting held on 6 November 1998*, WTO Doc. WT/DSB/M/50, pag. 7, 8).

²²² «[Hong Kong] was concerned that the ruling might open up the floodgate of non-requested submissions which would in turn have serious implications on the work of future panels in terms of workload and efficiency» (*Minutes of meeting held on 6 November 1998*, cit. , pag. 16).

result that cases would be discussed at a political level at the expenses of argumentation of a legal nature»²²³. Il riferimento alla politicizzazione del confronto paventato dal Messico non sarebbe altrimenti giustificabile se non con l'idea che la caratteristica principale degli *amici curiae* consista nel fatto di essere latori di istanze proprie, non necessariamente coerenti con quelle già introdotte dagli Stati.

E' nostra intenzione verificare se un tale rilievo sia giuridicamente fondato. A tal fine sarà necessario controllare: 1) se vi siano specifiche norme nell'ordinamento OMC dalle quali si ricavi un obbligo di imparzialità a carico degli *amici curiae*, neutralizzando il rischio che essi introducano nella procedura i propri interessi piuttosto che mere informazioni; 2) se un tale obbligo possa derivarsi, eventualmente, dai principi cui la procedura contenziosa *latu sensu* si conforma.

La complessità dell'attuale disciplina del commercio internazionale e della realtà dei mercati comporta che la decisione di una controversia non possa più esaurirsi nella meccanica sussunzione di una fattispecie concreta ad una norma per derivare le conseguenze del caso.

Prima che la decisione di una controversia possa essere utilmente adottata, il giudicante è chiamato a conoscere ed interpretare non solo la realtà naturalistica, ma anche quella sociale ed economica in cui il proprio verdetto andrà a collocarsi. A tal fine questi avverte come sempre più necessaria la raccolta non solo di dati statistici o evidenze scientifiche ma anche di contributi che siano in grado di consentire una ricostruzione della complessa rete di interessi incidenti in una determinata materia.

²²³ *Minutes of meeting held on 6 November 1998*, cit., pag. 14.

Dalla lettura delle pertinenti norme dell'Intesa e delle decisioni dell'Organo per la soluzione delle controversie non è difficile ricavare l'esistenza di due modalità attraverso le quali i panel e l'Organo di appello possono soddisfare il bisogno di acquisire informazioni da fonti terze. Queste corrispondono esattamente ai due livelli di indagine, scientifico e degli interessi in gioco, sopra evidenziati.

La prima modalità prevede il coinvolgimento di “*experts*”, soggetti detentori di notizie rilevanti o veri e propri professionisti specializzati, invitati a fornire la propria opera individualmente o in gruppo. Trattasi in questo caso di «persons of professional standing and experience in the field in question» che sono chiamate ad assolvere l’incarico a titolo personale e che non possono avere la cittadinanza delle parti della controversia, salvo che queste non convengano altrimenti o non vi sia altri in grado di fornire la medesima consulenza specialistica²²⁴. Essi hanno il compito di rispondere per iscritto ai quesiti indirizzati loro dall'organo decidente e di partecipare ad una sessione dei suoi lavori nel corso della quale possono essere ulteriormente consultati verbalmente. I costi della consulenza da loro fornita sono carico del bilancio dell'Organizzazione Mondiale del Commercio. Il complesso di conoscenze che sono tenuti a trasmettere deve essere tendenzialmente scevro da ogni valutazione.

La seconda modalità di acquisizione di informazioni è realizzata tramite gli *amici curiae*. Malgrado anche le memorie da questi sottoposte possano contenere, analogamente a quelle degli esperti, risultanze statistiche o

²²⁴ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC, Appendice 4, par. 3.*

scientifiche, il senso della loro partecipazione è quello di fornire contributi in cui l'elemento di ordine valutativo è preminente.

Pur se il fondamento giuridico della partecipazione degli *amici curiae* alle procedure amministrative dall'Intesa è individuato in quegli stessi art. 13 e 17.6 che regolano il ricorso nella procedura alla consulenza di esperti, dobbiamo quindi concludere che non sussistano le condizioni per estendere loro il vincolo di imparzialità di cui al par. 3 dell' Appendice 4 dell'Intesa.

Se nessun obbligo di imparzialità a carico degli “amici della corte” può derivarsi dalle disposizioni del sistema OMC, alla medesima conclusione si perviene guardando ai principi che regolano il meccanismo contenzioso.

A meno di non voler scadere a mera petizione di principio, infatti, la tesi secondo la quale le procedure da celebrarsi dinanzi al panel o all'Organo di appello siano incentrate sulla dialettica tra le parti dinanzi ad un organo giudicante terzo ed imparziale presuppone una connotazione in senso “accusatorio” delle procedure disciplinate dalla DSU. Solo questo caso, infatti, potrebbe considerarsi irrituale il contributo fornito alla decisione della controversia da soggetti esterni, dovendo questa intervenire, almeno in linea teorica, sulla base delle sole risultanze fornite dalle parti in lite.

Un'indagine limitata anche alla sola disciplina contenuta nell'Intesa depone però in senso contrario.

Non possiamo infatti esimerci dal notare che il mandato del *panel*, nella formulazione standard riportata all'art. 7, conferisce all'organo il non solo il potere di esaminare la controversia alla luce delle disposizioni pertinenti contenute nell'accordo contemplato citato dalle parti in lite ma anche di «rilevare elementi che possano aiutare il DSB a formulare le raccomandazioni o le decisioni previste in tale/i Accordo/i». Coerentemente l'art. 11, specifica

che «Un *panel* dovrebbe pertanto procedere a una valutazione oggettiva della questione sottoposta al suo esame [...] e procedere alle ulteriori constatazioni che possono aiutare il DSB a formulare le raccomandazioni e le decisioni previste negli Accordi contemplati [...]». Appare superfluo rilevare che la possibilità per il gruppo di esperti di formulare “ulteriori constatazioni” nel senso di cui alla citata disposizione sarebbe fortemente limitata se ad essi non fosse riservato un potere inquirente²²⁵.

Del resto, se così non fosse, non potrebbe giustificarsi l'inclusione nell'Intesa proprio della disciplina sopra esaminata relativa alla consultazione di specialisti e alla raccolta di informazioni. L'esito di queste attività confluisce a pieno titolo nelle decisioni dei *panel* e dell'Organo di appello che sono redatte «alla luce delle informazioni fornite e delle dichiarazioni rese» (artt. 14.2 e 17.10). In assenza di qualunque indicazione contraria, deve quindi ritenersi che nella loro stesura nessun apporto, neppure quello degli *amici curiae*, sia pregiudizialmente escluso.

²²⁵ «The inquisitorial role [...] flows mainly from the fact that the disputing parties are states, not individuals [...]. The interests involved transcend the often narrow positions taken by government officials. The risk of a panel “getting it wrong” because the parties did not present certain information, has consequences that may affect millions of people, both within the disputing states and in other countries. This is so in respect of all WTO disputes, WTO rules having a direct impact on private operators, and particularly the case for WTO disputes in the field of health and food safety» (J. PAUWELYN, *The use of experts in WTO dispute settlement*, in *International Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pag. 353).

CAPITOLO VI

IL “PRIVATE COUNSELING” DINANZI AGLI ORGANI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL’OMC

Sommario: **VI.1** Introduzione. L’assenza di una disciplina del “*private counseling*” nella DSU – **VI.2** La “*sovereign equality*” e il diritto per ciascuno Stato di definire liberamente la composizione delle proprie delegazioni. – **VI.3** L’ammissione del “*private counseling*” nelle decisioni dell’*Appellate Body* e del *panel* – **VI.4** Il problema dei doveri connessi all’esercizio di funzioni di assistenza alle delegazioni nazionali. - **VI.5** Il codice di condotta dell’*American Bar Association*.

VI.1 Segnali di un maggiore coinvolgimento dei soggetti privati nelle procedure di risoluzione delle controversie amministrative presso l’OMC provengono dall’affermarsi del fenomeno del “*private counseling*”.

La possibilità che le delegazioni nazionali possano ricevere assistenza da professionisti che non fanno parte dell’amministrazione statale ha costituito oggetto di analisi sin dall’entrata in vigore dell’Intesa, allo scopo di determinare se la disciplina posta da quest’ultima consentisse ai governi di delineare le proprie strategie difensive con l’apporto formale di consulenti esterni e se questi potessero partecipare alle *oral hearings* in rappresentanza di uno Stato.

Delle norme contenute nella DSU l’unica ad affrontare la questione, sia pure in via indiretta, sembra essere quella contenuta all’art. 2.1, dove è stabilito che: «Nei casi in cui il DSB amministra le disposizioni in materia di risoluzione delle controversie di un Accordo commerciale plurilaterale, solo i Membri Parti di tale Accordo possono partecipare alle decisioni o alle iniziative adottate dal DSB in relazione a tale controversia».

Non riteniamo però che la statuizione riportata sia utile per i fini che ci riguardano, che possa cioè interpretarsi come una presa di posizione da parte degli estensori dell'Intesa sulla possibilità per i governi di coinvolgere nelle proprie delegazioni esperti che non siano funzionari di governo.

Il raccordo tra l'estratto riportato e il restante testo della disposizione induce infatti a sostenere che l'espressione di "Membri Parti di tale Accordo" sia impiegata per distinguere gli Stati che abbiano aderito ad un trattato promosso dall'Organizzazione Mondiale del Commercio dagli altri che abbiano mancato di farlo. E' lo stesso art. 2, infatti, a stabilire che «Per quanto riguarda le controversie che dovessero insorgere in relazione a un Accordo contemplato [...] il termine "Membro" qui utilizzato si riferisce unicamente ai Membri Parti dell'Accordo commerciale plurilaterale in questione».

Concludere diversamente, ritenere cioè che con il riferimento ai Membri di un accordo la norma voglia in realtà intendere gli appartenenti al potere esecutivo dello Stato interessato, per distinguerli da qualunque altro soggetto estraneo, non appare conforme al significato dichiarato dagli estensori nel testo della disposizione, nè all'*ordinary meaning* dei termini impiegati e contrasta con la regola interpretativa generale secondo cui «*in claris non fit interpretatio*»²²⁶.

VI.2 Un argomento in favore dell'ammissibilità del "*private counseling*" presso l'OMC e le organizzazioni internazionali in genere può derivarsi dal principio della "sovra eguaglianza" degli Stati, che riposa, stando al suo

²²⁶ La Corte internazionale di giustizia ha dichiarato in argomento che «the first duty of a tribunal which is called upon to interpret and apply the provisions of a treaty, is to endeavour to give effect to them in their natural and ordinary meaning in the context in which they occur. If the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end of the matter» (*Competence of Assembly regarding admission to the United Nations, Advisory Opinion: I. C. J. Reports, 1950, pag. 8*)

fondamento giusnaturalistico, sull'osservazione per cui: «Since men are by nature equal, and their individual rights and obligations the same, as coming equally from nature, Nations, which are composed of men and may be regarded as so many free persons living together in a state of nature, are by nature equal and hold from nature the same obligations and the same rights. Strength or weakness, in this case, count for nothing. A dwarf is as much a man as a giant is; a small Republic is no less a Sovereign State than the most powerful Kingdom»²²⁷.

Sul piano delle relazioni internazionali, a questo principio viene comunemente ricondotto, come corollario, il diritto di ciascun Paese a determinare in piena autonomia i propri rappresentanti diplomatici e componenti di delegazione.

In questi termini esso trova accoglimento nella Convenzione di Vienna sulle Relazioni diplomatiche del 1961, il cui art. 7 sancisce che ciascuno Stato può liberamente individuare i componenti dello staff della propria missione, salvo la necessità di ottenere il consenso dello Stato ospite riguardo la persona del capo missione, il coinvolgimento di consulenti militari, l'attribuzione di incarichi a persone che abbiano la nazionalità dello Stato ospite medesimo e le dimensioni della missione.

La discrezionalità dello Stato nello scegliere i membri delle proprie missioni e delegazioni è altresì ampiamente riconosciuta dagli artt. 9 e 43 della Convenzione di Vienna sulla Rappresentanza degli Stati nelle Relazioni con le Organizzazioni Internazionali a Carattere Universale del 1975, non ancora entrata in vigore.

²²⁷ E. DE Vattel, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature*, Philadelphia, 1883, pag. 506

Sull'eventualità che la delegazione abbia una composizione eterogenea, l'art. 45 del trattato espressamente prevede che «In addition to the head of delegation, the delegation may include other delegates, diplomatic staff, administrative and technical staff and service staff.»

L'apertura delle rappresentanze statali all'apporto di professionisti specializzati è stata infine oggetto di particolare attenzione da parte dell'*International Law Commission* con il *Fifth Report on Relations Between States and International Organizations* con cui il relatore El Erian ha avuto modo di chiarire che: «[T]he sending State should have a wider freedom of choice with respect to the members of its delegations to organs of international organizations and to conferences convened by such organizations [as compared with members of permanent missions]. One of the salient features of present-day international relations is the increasing number of subsidiary organs set up by international organizations to deal with very specialized matters of highly technical character which require the enlisting of the services of experts possessing the necessary training and experience [...] . For these reasons it is highly desirable, if not indispensable, that the sending States should enjoy the widest possible freedom in the choice of the members of its delegations to such organs and conferences»²²⁸.

VI.3 La questione del “private counseling” è stata positivamente risolta dagli organi istituiti ai sensi della *Dispute Settlement Understanding*.

²²⁸ *Yearbook of the International Law Commission*, 1970, Vol. II, p. 19

L'*Appellate Body*, nel caso *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*²²⁹, ha chiaramente affermato il diritto per ciascuna Parte contraente di farsi rappresentare, in sede di appello contro le decisioni del *panel*, da qualunque soggetto essa ritenga opportuno, ivi inclusi coloro che non rivestono il ruolo di funzionari governativi.

In precedenza, lo stato di Saint Lucia aveva chiesto al *panel* l'autorizzazione a prendere parte alla procedura in cui era intervenuto in qualità di terzo per mezzo di alcuni legali estranei alla sua amministrazione.

Il gruppo di esperti aveva ritenuto di dover disattendere la richiesta per il fatto che le *Working Procedures* non ammettessero espressamente una tale evenienza. Aveva altresì sottolineato che il coinvolgimento nei lavori di soggetti non riconducibili agli apparati governativi degli Stati parte della controversia poteva costituire un serio rischio per il loro carattere confidenziale, negandone altresì la natura strettamente intergovernativa.

In sede di appello, Saint Lucia riproponeva la richiesta, insistendo affinché le fosse accordata ampia discrezionalità nel designare i propri rappresentanti, tenuto conto del fatto che né l'accordo istitutivo dell'OMC, né la DSU, né le *Working Procedures* determinavano espressamente chi potesse presenziare alle *oral hearings*.

L'Organo di appello riteneva fondati i rilievi avanzati, concedendo l'autorizzazione.

Con l'occasione, rilevava, peraltro, che l'ammissione di consulenti privati nella procedura potesse beneficiare in particolar modo ai Paesi in via di sviluppo,

²²⁹ *European Communities-Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Appellate Body Report, 25 September 2000, WTO Doc. WT/DS27/AB/R.

normalmente privi delle risorse per assumere alle dipendenze del governo avvocati a tempo pieno.

Aggiungeva infine che la partecipazione di professionisti estranei alle amministrazioni statali fosse coerente con l'alto grado di specializzazione richiesto dalla procedura di appello.

Conclusioni non dissimili con riferimento al segmento di procedura celebrato dinanzi al *panel* sono state raggiunte nel caso *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*²³⁰.

In riscontro al comunicato dell'Indonesia con cui si annunciava l'inclusione nella propria delegazione di alcuni liberi professionisti, nella specie due legali, il gruppo di esperti affermava: «We conclude it is for the Government of Indonesia to nominate the members of its delegation to meetings of this Panel, and we find no provision in the WTO Agreement or the DSU, included the standard rules of procedures included therein, which prevents a WTO Member from determining the composition of its delegation to WTO panel meetings. Nor does past practice in GATT and WTO dispute settlement point us to a different conclusion in this case»²³¹.

La prassi fornisce altresì esempi di impiego di personale esterno alle amministrazioni in funzioni non di rappresentanza ma di mera assistenza alle delegazioni governative.

²³⁰ *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Panel report, 3 October 1996, WTO Doc. WT/DS59/R.

²³¹ *Indonesia-Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, Panel report, cit., par. 14.1 .

Il più eclatante di questi può riconoscersi nel ruolo svolto dalle società Kodak e Fuji nell'affare *Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*²³².

Nell'occasione i due grandi produttori di pellicole e carta fotografica avrebbero subito un pregiudizio economico notevole da una decisione del *panel* non conforme alle loro aspettative e pertanto, decisero di investire risorse ingenti per portare la rispettiva posizione a conoscenza degli Stati parte della controversia, arrivando a conferire incarico a prestigiosi uffici legali affinché coadiuvassero la delegazione giapponese e quella statunitense nella scelta dei *panellists* e nella stesura di documenti e memorie²³³.

Il caso presentato testimonia forse una delle modalità più significative attraverso le quali soggetti non statali, nell'attuale stato della disciplina, possono accedere alle procedure disciplinate dalla DSU per la tutela di interessi propri.

VI.4 La possibilità riconosciuta dagli organi istituiti ai sensi della DSU che le delegazioni nazionali ricevano assistenza da professionisti esterni all'organizzazione di governo comporta l'esigenza di una regolamentazione del fenomeno.

²³² *Japan-Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, Panel report, 31 March 1998, WTO Doc. WT/DS44/R.

²³³ Diffusamente sulla vicenda v. E. HERNANDEZ-LÓPEZ, *Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes*, in *Journal of World Trade*, 35 (2001), 3, pag. 469 e ss. nonché J. L. DUNOFF, *The Misguided Debate over NGO Participation at the WTO*, in *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), 3, pag. 433 e ss.

La circostanza che presso altri tribunali e corti internazionali una disciplina del genere sia assente non ci sembra un buon argomento per escluderne l'adozione in seno all'OMC.

Come è stato infatti notato, i soggetti che possono offrire i propri servizi alle delegazioni nazionali presso l'OMC hanno la provenienza più varia e non sempre esercitano professioni che nel Paese di origine sono sottoposte al controllo di ordini professionali e assoggettate a codici deontologici²³⁴.

A seconda del ruolo che il professionista è chiamato a svolgere, sono diversi i punti chiave che la regolazione dovrebbe andare a disciplinare.

Qualora questi assolva a funzioni di rappresentanza di uno Stato i profili da assoggettare a disciplina da sarebbero almeno quattro.

Il primo riguarda il conflitto di interessi. In particolare dovrebbero essere emanate norme che impongano al professionista di non prestare la propria attività al servizio di uno Stato quando ciò interferisca con lo svolgimento di un altro incarico.

A nostro parere l'incompatibilità dovrebbe tuttavia essere limitata ai soli casi in cui le finalità perseguite dai due incarichi siano configgenti e non anche quando il professionista presti contemporaneamente la sua opera a vantaggio di soggetti, magari sia pubblici che privati, che hanno interesse nel medesimo esito di una controversia.

Un secondo problema è rappresentato dal vincolo di mandato, che dovrebbe essere disciplinato in modo da garantire che lo Stato che riceve l'assistenza resti il *dominus* della procedura, alle cui direttive il professionista deve attenersi.

²³⁴ Cfr. M. BRONCKERS, J. H. JACKSON, "Editorial Comment: Outside Counsel in WTO Dispute Processes", in *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), 1, pag. 155 e ss.

Un terzo problema, rilevato anche dagli organi istituiti ai sensi della DSU è la protezione della segretezza e confidenzialità delle informazioni la cui conoscenza è stata acquisita nell'espletamento dell'incarico. Malgrado la richiesta proveniente dalla società civile di rendere maggiormente trasparenti le procedure previste dall'Intesa ridimensioni la questione, riteniamo che essa resti tra le più rilevanti e che comunque, operata una selezione delle fonti di informazione, regole severe vadano poste a presidio di quelle che maggiormente possono compromettere gli interessi di uno Stato²³⁵.

Da ultimo, non può trascurarsi la sottoposizione di chiunque rappresenti uno Stato ad un generale obbligo di lealtà e correttezza, tanto verso le controparti quanto verso gli organi chiamati alla decisione.

Quando il professionista si limiti a prestare opera di assistenza, oltre ai già citati doveri di riserbo e correttezza, riteniamo assuma un particolare rilievo quello di verità, per cui al consulente deve imporsi, specie quando sia stato affiancato alla delegazione governativa da un'impresa nazionale, di non fornire informazioni che conosce essere false al solo scopo di orientare la strategia difensiva dello Stato in un senso maggiormente favorevole agli interessi del soggetto privato che lo ha investito dell'incarico.

Tra i profili più critici resta quello sanzionatorio, che potrebbe essere riservato alla competenza degli ordini professionali di appartenenza, imponendo agli Stati in cui questi sono assenti, di istituire quantomeno un elenco di professionisti che prestino la propria opera alle delegazioni presenti presso

²³⁵ Si tratta delle cosiddette *business-confidential information* rispetto alle quali non manca però chi rileva che la loro introduzione nelle procedure non è sempre necessaria per lo svolgimento delle difese e può comunque avvenire secondo modalità che riducano al minimo le conseguenze negative derivabili dalla loro diffusione (v. AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Private Counsel in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), 1, pag. 164 e ss.)

l'OMC e un organo terzo ed imparziale chiamato a verificare l'eventuale violazione da parte loro delle norme di comportamento.

La predisposizione da parte degli Stati Membri di normative che assicurino l'effettiva possibilità alle parti di una controversia che si celebri presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio di chiedere assistenza a professionisti privati è stata caldeggiata in particolare dal *Council of the Bars and Law Society of the European Community* con la risoluzione adottata il 29 giugno 1998²³⁶.

VI.5 Con riferimento alla professione legale, un timido tentativo di concretizzare l'idea di un codice di condotta per quanti intendano prestare assistenza nelle procedure contenziose amministrative presso l'OMC è venuto dall'*American Bar Association*.

Il documento prodotto risale al 1998 e ha un contenuto "minimo".

Esso è articolato in tre soli paragrafi e concentrato soprattutto sulle garanzie di professionalità che il legale si impegna a prestare e sull'esigenza che le sue iniziative si svolgano in ossequio al mandato conferitogli. La sanzione delle trasgressioni è espressamente riservata agli ordini professionali di provenienza. Sfortunatamente, il testo sembra però trascurare, oltre che alcuni dei doveri da noi riportati *supra*, anche la complessità del fenomeno, limitandosi a prendere in considerazione le situazioni in cui sia il governo medesimo, e non un ente privato, come l'esempio della Fuji e della Kodak dimostra, a conferire formalmente al legale dell'incarico di assistenza.

²³⁶ Il documento può leggersi nella sua versione integrale in *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), pagg. 182 e ss.

Questa lacuna può dirsi particolarmente grave per la stretta correlazione che quest'ultimo caso ha con la possibilità che interessi non facenti capo agli Stati concorrano nella definizione di una controversia commerciale.

PARTE TERZA

OPENING THE DOORS : UN LOCUS STANDI PER I SOGGETTI

NON STATALI NELLE PROCEDURE DISCIPLINATE DALLA

DISPUTE SETTLEMENT UNDERSTANDING

CAPITOLO VII

L'ATTRIBUZIONE AI SOGGETTI NON STATALI DELLA LEGITTIMAZIONE AD ATTIVARE AUTONOMAMENTE LE PROCEDURE PREVISTE DALL'INTESA: RIFLESSIONI IN PROSPETTIVA

Sommario: **VII.1** Introduzione. – **VII.2** Partecipazione dei soggetti non statali alle procedure disciplinate dall'Intesa quale risposta al loro deficit democratico e di trasparenza. – **VII.3** Costi e controindicazioni dell'attribuzione ai privati di un autonomo *locus standi* nelle procedure contenziose OMC. – **VII.4** Le indicazioni desumibili dalla disciplina dell'accesso di soggetti non statali ad altre istanze internazionali. - **VII.5** Soggetti non statali e attivazione dei meccanismi della *Dispute Settlement Understanding*: i margini per il riconoscimento di una legittimazione

VII.1. I rimedi alla lesione di interessi di natura privata incidenti nelle materie di competenza dell'Organizzazione Mondiale del Commercio che sono stati illustrati nei capitoli che precedono si collocano in un contesto in cui la sovranità statale, per quanto oggetto di progressiva erosione o comunque di una revisione di contenuti²³⁷, conserva ancora margini non trascurabili di interferenza con la determinazione dei livelli di tutela della sfera giuridica individuale.

²³⁷ Sul punto segnaliamo la disamina effettuata da R. A. BRAND, *Sovereignty: The State, The Individual, and the International Legal System in the Twenty First Century*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 25, pag. 279 e ss.

Questo dato risulta particolarmente evidente nei risultati della ricerca sin qui condotta.

Esempi significativi provengono dalla negazione dell'efficacia diretta del diritto OMC nell'ordinamento comunitario.

La devoluzione di competenze effettuata dagli Stati in favore della Comunità attraverso il trattato istitutivo può interpretarsi come espressione della volontà di esercitare una parte della loro sovranità in forma associata.

In questo contesto, l'insistenza della giurisprudenza comunitaria nel conservare un "*margin di manovra*" capo alle istituzioni CE per la ricerca di soluzioni negoziate del contenzioso commerciale deve leggersi come la volontà di preservare intatto l'esercizio di poteri sovrani.

Tali poteri, come abbiamo rilevato, non si sostanziano solo nell'assenso ad una delle opzioni previste dall'art. 22 della DSU, ma addirittura comprendono l'adesione a forme di amichevole composizione della controversia non espressamente previste o addirittura in contrasto con gli obblighi nascenti dal sistema commerciale multilaterale.

L'interferenza che l'affermazione della sovranità statale esercita sulla tutela degli interessi individuali appare in progressiva mitigazione nell'ambito della protezione diplomatica. Ciò in ragione delle interessanti indicazioni fornite dalla giurisprudenza circa il fatto che la discrezionalità degli Stati nella decisione di intervenire in protezione diplomatica dei propri nazionali non sia illimitata.

Se tuttavia questa tendenza potrà garantire ai soggetti privati una tutela qualora siano vittime di violazioni gravi e manifeste dei propri diritti, lo stesso non può affermarsi in tutti gli altri casi.

All'efficacia incerta e frammentata degli strumenti di protezione menzionati non possono porre rimedio, da soli, lo strumento processuale rappresentato dall'intervento in qualità di *amicus curiae* e il fenomeno del *private counseling*.

Malgrado gli istituti si segnalino per la piena conformità ai principi che regolano la risoluzione delle controversie dell'OMC, la loro operatività presuppone che i meccanismi disciplinati dalla *Dispute Settlement Understanding* siano stati già attivati dallo Stato membro. Per i casi in cui ciò non avviene, i soggetti privati rischiano ugualmente di trovarsi privi di tutela.

Non vi è in generale possibilità per gli interessi commerciali privati di essere tutelati in maniera soddisfacente in assenza del riconoscimento ai soggetti che ne sono portatori di un autonomo *locus standi* dinanzi agli organi di risoluzione delle controversie dell'OMC.

Solo in questi casi l'operatore privato potrebbe essere unico "giudice dei propri interessi" e, una volta raggiunta la determinazione ad agire, nessun ostacolo potrebbe frapporsi tra le sue istanze e l'organo competente a valutarne la legittimità e fondatezza. Ci si deve chiedere, tuttavia, se l'adozione di una siffatta soluzione, prima ancora che possibile, sia generalmente auspicabile.

VII.2. L'esigenza di colmare il deficit democratico e di trasparenza che affligge la disciplina della *Dispute Settlement Understanding* depone in favore di un maggior coinvolgimento dei soggetti non statali.

In generale, i sistemi di soluzione delle controversie, ivi inclusi quelli istituiti a livello internazionale, rispondono ad almeno due funzioni.

Anzitutto, essi costituiscono lo strumento attraverso il quale il diritto trova attuazione nei casi in cui le relazioni tra i soggetti dell'ordinamento entrano in fase patologica.

Quindi, rappresentano meccanismi di produzione normativa, laddove le decisioni assunte colmano le lacune del sistema o forniscono un'interpretazione autentica delle disposizioni che lo compongono.

Entrambe queste funzioni non possono essere efficacemente esercitate senza incontrare il consenso di coloro i quali, in ultima analisi, rappresentano i destinatari degli effetti delle norme applicate. Diversamente, l'adozione di comportamenti conformi al precetto normativo rischia di essere revocata in dubbio²³⁸.

Tutto ciò vale anche per le procedure contenziose amministrative presso l'OMC. Se infatti la loro legittimazione formale può derivarsi dal consenso formulato per via convenzionale dagli Stati che hanno aderito all'Organizzazione Mondiale del Commercio, una loro legittimazione sostanziale necessita dell'adesione ai principi fondamentali e valori di cui sono portatori quel complesso di soggetti privati che vedono la propria sfera di interessi coinvolta nell'applicazione delle discipline promosse nel quadro del sistema commerciale multilaterale.

²³⁸ La consapevolezza di questa eventualità è largamente diffusa. M. K. YOUNG, *Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats*, in *International Lawyer*, 1995, pag. 386 e ss. rileva che in generale «People are more likely to accept adverse political decisions if those decisions are made by political institutions they consider legitimate» (pag. 408). Conformemente si pronuncia pure G. T. SCHLEYER, *Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Settlement System*, in *Fordham Law Review*, 65 (1996 –1997), pagg. 2275 e ss. : «If private parties are denied sufficient access to the dispute resolution system, then the WTO will lose its legitimacy as the final arbiter of international trade and its decisions will be rendered impotent» (pag. 2294).

Il riconoscimento in capo ai soli Membri OMC della legittimazione ad avviare le procedure dettagliate nella *Dispute Settlement Understanding* impedisce però il pieno raggiungimento di questo obiettivo.

Ed infatti, non possono dirsi soddisfatte in questo modo le condizioni per la partecipazione dei soggetti non statali alla funzione di creazione normativa che per mezzo delle procedure contenziose si esplica (c.d. *input legitimacy*), risultando parimenti compromessa la possibilità per questi ultimi di verificare il concreto impatto che ha l'applicazione di una regola produce sulla materia oggetto di disciplina (c.d. *output legitimacy*)²³⁹.

Non del tutto avulso da quello del riferito deficit democratico è il problema della trasparenza del sistema di soluzione delle controversie OMC. Come può infatti desumersi intuitivamente più è alto il grado di segretezza delle procedure, minore sarà il riconoscimento, in termini di *output legitimacy*, dei risultati che esse producono.

Da questo punto di vista sono diversi i rilievi sollevati con riferimento alla disciplina contenuta nell'Intesa, indirizzati, in particolare, al carattere confidenziale delle consultazioni, alla procedura di selezione di *panelists*, alla specificazione dei motivi di appello²⁴⁰.

Ai fini della legittimazione democratica del sistema riteniamo tuttavia che un ruolo decisivo debba attribuirsi alla possibilità di accesso ai documenti, dei

²³⁹ Più dettagliatamente, sul ruolo della *input legitimacy* e *output legitimacy* nell'OMC, rimandiamo a M. KRAJEWSKI, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law*, in *Journal of World Trade*, 35 (1), 2001, pag. 167 ss.

²⁴⁰ Cfr., sul punto, J. WAINCYMER, *Transparency of Dispute Settlement within the World Trade Organization*, in *Melbourne University Law Review*, 24 (3), 2000, pag. 797 ss.

quali si lamenta spesso la disponibilità tardiva e in un numero peraltro limitato di lingue²⁴¹.

L'attribuzione di un *locus standi* ai soggetti privati nelle procedure contenziose amministrative presso l'OMC, accompagnandosi ad una sostanziale riforma della disciplina di riferimento, potrebbe condurre ad uno spontaneo e quantomeno parziale superamento delle criticità menzionate.

VII.3 Il riconoscimento in capo ai soggetti non statali della legittimazione ad attivare le procedure disciplinate dall'Intesa non sarebbe esente da costi.

Una riforma del meccanismo di soluzione delle controversie nel senso auspicato incrementerebbe il numero dei ricorsi e quindi il livello di risorse richiesto per il funzionamento del sistema. Tutto ciò andrebbe ad incidere su una struttura che già attualmente opera con mezzi limitati, imponendo un incremento dei finanziamenti ad essa destinati e un ripensamento della posizione di molti Membri OMC che non intendono attualmente acconsentire ad alcun irrobustimento degli stanziamenti previsti a tale scopo.

La complessa e variegata schiera di soggetti non statali potenzialmente interessati ad un coinvolgimento richiederebbe comunque la fissazione di validi criteri di selezione dei legittimati.

Ogni determinazione in merito dovrebbe adottarsi senza trascurare il rischio che il coinvolgimento dei privati nel meccanismo di soluzione delle controversie amministrato presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio costituisca l'occasione, mancando gli opportuni correttivi, per introdurre sulla

²⁴¹ I. SANDFORD, *The Importance of Transparency in WTO Dispute Settlement*, Presentation to Lowy Institute Conference on Enhancing Transparency in the Multilateral Trading System, Sydney – 4th of July 2007 (<http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=2039>).

scena internazionale contrapposizioni ideologiche aventi rilevanza meramente locale.

Né potrebbe tralasciarsi la possibilità che, introdotte le modifiche necessarie per garantire un *locus standi* agli individui, il sistema smarrisca la necessaria flessibilità che pure lo caratterizza.

Questa eventualità è evidenziata con particolare preoccupazione da chi ritiene che i privati, mirando unicamente a massimizzare i vantaggi derivabili da una decisione a loro favorevole, possano insistere per una rigida applicazione delle discipline più di quanto usualmente fanno gli Stati che, per preservare buone relazioni diplomatiche con le controparti, si dimostrerebbero maggiormente inclini ad addivenire a soluzioni negoziate.

Le controindicazioni connesse all'apertura del sistema di soluzione delle controversie ai soggetti non statali conducono alcuni Autori a valutare inopportuna una riforma dell'Intesa in questa direzione.

Gli stessi ritengono che il deficit di trasparenza e partecipazione vada quindi colmato per altra via, all'interno degli Stati. Sarebbe infatti a questo livello che l'implementazione delle discipline OMC incide direttamente sugli interessi dei singoli.

E' coerente con questa visione la proposta che ciascun Membro OMC istituisca tavoli di confronto permanente con gli operatori commerciali e le ONG nazionali ogni qual volta questi possano ritenersi pregiudicati dalla violazione degli Accordi allegati, al fine di raccogliere le opinioni ed eventualmente concordare il ricorso agli strumenti del caso.

La soluzione suggerita sembra coincidere almeno parzialmente alle pur apprezzabili forme di *partnership* tra pubblico e privato riconducibili al fenomeno del "*private counseling*" di cui *supra*.

Non ci appare tuttavia persuasivo ritenere che essa possa surrogare in maniera soddisfacente l'accesso diretto dei privati alle procedure previste dalla DSU.

Le possibilità che lo scambio di informazioni tra soggetto pubblico e privati possa trovare concreta realizzazione restano inoltre confinate ai Paesi in cui siano garantite la libertà democratiche, in particolare quella di espressione.

Va inoltre rilevato che una tale soluzione presuppone che le istituzioni internazionali operino secondo principi di trasparenza, in maniera che tanto gli operatori commerciali quanto le ONG abbiano la possibilità di conoscere l'esito delle posizioni da loro espresse e di cui lo Stato si è fatto latore presso le strutture dell'organizzazione. Come già abbiamo avuto modo di rilevare, è proprio la mancanza di trasparenza a rappresentare invece una delle maggiori criticità dell'OMC.

L'attribuzione ai soggetti privati di strumenti in grado di influenzare la politica statale esclusivamente entro i confini dei rispettivi ordinamenti nazionali trascura altresì la possibilità che le posizioni in materia commerciale assunte per questa via vengano modificate nel confronto con le controparti in seno al consesso internazionale. Il mancato coinvolgimento in questa sede dei gruppi di interesse comporta che ogni mutamento di strategia possa realizzarsi senza il loro controllo²⁴².

Il confronto tra autorità e soggetti privati che si esaurisca a livello dei singoli Stati creerebbe in ogni caso seri problemi di partecipazione delle ONG a carattere transnazionale, rappresentative di interessi non localizzabili perché propri della popolazione mondiale in quanto tale.

²⁴² Sullo spostamento al livello sovranazionale dei centri decisionali e l'esigenza di garantire ai gruppi di interesse strumenti di coinvolgimento adeguati a questa dinamica v. K. RAUSTIALA, *Sovereignty and Multilateralism*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 1, 2000, pag. 416.

VII.4 Uno sguardo agli standard sulla base dei quali le persone fisiche e le persone giuridiche private sono ammesse a ricorrere alle procedure contenziose amministrative presso varie organizzazioni internazionali può fornire spunti interessanti circa le modalità da preferirsi per pervenire al medesimo risultato presso l'OMC.

Un primo gruppo di sistemi accorda la legittimazione ad attivare le procedure contenziose esclusivamente a determinate categorie di soggetti.

L'*International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) fu istituito a seguito della *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* entrata in vigore nel 1966.

Esso fornisce la possibilità ai soggetti che abbiano effettuato investimenti internazionali di richiedere l'istituzione di un collegio arbitrale per la soluzione delle controversie che li oppongano allo Stato ospite. Ai giudici nazionali è espressamente imposto l'obbligo di far rispettare le decisioni così assunte.

Sebbene nella fattispecie l'individuazione dei titolari di *locus standi* dinanzi agli arbitri non risulti affatto problematica, coincidendo questi con le parti di un accordo di investimento, l'accesso alla tutela per i privati è caratterizzato dall'assoluta subordinazione al consenso della controparte statale.

Ed infatti, il ricorso all'arbitrato ICSID è possibile soltanto se espressamente previsto dall'accordo di investimento ed è fatta salva la possibilità per gli Stati di sottrarre alla competenza dell'ICSID intere classi di controversie.

Un simile meccanismo sarebbe difficilmente riproducibile presso la *World Trade Organization*. Per la disomogeneità dei Paesi che vi aderiscono, gli accordi allegati conclusi sotto l'egida dell'organizzazione si presentano ben più complessi di quelli che coinvolgono Stati ed investitori.

Se la richiesta di istituzione di un *panel* avanzata da un soggetto non statale necessitasse del consenso dello Stato contro cui l'azione è indirizzata, può immaginarsi che i Paesi economicamente più avanzati tenderebbero a sfruttare la loro forza per negare il consenso e sottrarsi all'attivazione delle procedure. Diversamente, gli Stati meno dotati di mezzi finanziari finirebbero per adottare la strategia opposta, nella speranza che un atteggiamento conciliante possa servire ad attirare presso di sé maggiori capitali.

Un ulteriore esempio di meccanismo contenzioso aperto alla partecipazione solo di alcune categorie di soggetti privati ci è fornito dall'*International Labour Organization* (ILO), istituita con lo scopo di fissare standard internazionali in materia di lavoro e controllarne l'applicazione.

L'organizzazione consente alle associazioni di lavoratori considerate meritevoli sulla base per lo più degli statuti, della *membership* e della storia, di promuovere "*representations of non-compliance*" contro gli Stati che siano sospettati di violare gli standard²⁴³. Lo stesso non è però consentito ai singoli lavoratori.

Un approccio del genere non sembra potersi estendere *tout court* all'OMC.

Non riteniamo infatti accettabile il rischio che un soggetto danneggiato economicamente da una misura in contrasto con il diritto OMC possa non ricevere tutela perché l'associazione di categoria non si sia orientata ad attivare opportunamente le relative procedure.

²⁴³ «In the event of any representation being made to the International Labour Office by an industrial association of employers or of workers that any of the Members has failed to secure in any respect the effective observance within its jurisdiction of any Convention to which it is a party, the Governing Body may communicate this representation to the government against which it is made, and may invite that government to make such statement on the subject as it may think fit». (*ILO Constitution*, art. 24)

L'esperienza dell'ILO può tuttavia rivelarsi utile per definire i criteri sulla base dei quali selezionare le organizzazioni rappresentative di interessi collettivi a carattere non economico ai fini della partecipazione alle procedure disciplinate dall'Intesa.

In altri casi la legittimazione a promuovere un ricorso è attribuita ai soggetti privati tenendo conto del tipo di pregiudizio da questi lamentato.

Il Capitolo XI del *North American Free Trade Agreement (NAFTA)* consente agli investitori che abbiano la nazionalità di una Parte contraente di chiedere lo svolgimento di un arbitrato ogniqualvolta ritengano di aver ricevuto un pregiudizio a seguito violazione effettuata da un'altra Parte contraente degli standard di trattamento previsti dalla norma²⁴⁴.

L'attivazione delle procedure contenziose da parte di soggetti non statali subordinata all'attualità del danno potrebbe proficuamente essere riproposta presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio, consentendo così di evitare che il sistema sia inflazionato da ricorsi pretestuosi.

Ragioni di opportunità consigliano invece di escludere che un analogo *locus standi* possa attribuirsi in caso di danno solo imminente o potenziale, ampliandosi in questo modo eccessivamente la sfera dei potenziali legittimati, a fronte di un interesse a ricorrere che in molti casi può essere di non particolare rilievo.

²⁴⁴ «1. An investor of a Party may submit to arbitration under this Section a claim that another Party has breached an obligation under: a. Section A or Article 1503(2) (State Enterprises), or b. Article 1502(3) (a) (Monopolies and State Enterprises) where the monopoly has acted in a manner inconsistent with the Party's obligations under Section A, and that the investor has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach.

2. An investor may not make a claim if more than three years have elapsed from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the alleged breach and knowledge that the investor has incurred loss or damage» (*North American Free Trade Agreement, Chapter XI, art. 1116*)

In almeno un caso, l'accesso alla tutela internazionale è consentito in sede di appello contro le decisioni assunte da organi interni.

Il Capitolo XIX del *North American Free Trade Agreement* disciplina una forma di arbitrato internazionale direttamente accessibile da parte degli operatori commerciali che intendano far valere il contrasto con il Trattato delle misure anti-dumping e compensative introdotte da uno Stato contraente²⁴⁵.

Il giudizio degli arbitri, componenti il *panel of experts*, è disciplinato quale alternativa al ricorso agli strumenti di impugnazione offerti dagli ordinamenti nazionali e deve avvenire alla luce del diritto dello Stato che ha adottato la misura contestata²⁴⁶.

Le decisioni assunte dai *panelists* possono essere impugnate dagli Stati limitatamente ai casi in cui la condotta di un arbitro sia viziata da gravi irregolarità o da conflitto di interesse oppure il collegio arbitrale abbia omesso di applicare una norma procedurale o abbia ecceduto il mandato conferitogli, con ripercussioni apprezzabili sulle determinazioni adottate.

Il sistema di impugnazione previsto dal capitolo XIX del NAFTA non sembra riproducibile nel contesto della WTO. Esso è pienamente confacente all'accordo regionale per il fatto che questo veda la partecipazione di un numero assai ristretto di Paesi ma non adatto a contesti soggettivamente più complessi. La necessità che il *panel* di esperti verifichi la legittimità di una

²⁴⁵ *North American Free Trade Agreement, Chapter XIX, art. 1904.5*

²⁴⁶ «An involved Party may request that a panel review, based upon the administrative record, a final antidumping or countervailing duty determination of a competent investigating authority of a Party to determine whether such determination was in accordance with the antidumping or countervailing duty law of the importing Party» (*North American Free Trade Agreement, Chapter XIX, art. 1904.2*). «The panel shall apply [...] the general legal principles that a court of the importing Party otherwise would apply to a review of a determination of the competent investigating authority» (*North American Free Trade Agreement, Chapter XIX, art. 1904.3*).

misura alla luce della legislazione dello Stato che l'ha adottata introdurrebbe l'esigenza di un elevatissimo grado di specializzazione dei membri dell'organo. Specie con riferimento ai sistemi giuridici meno oggetto di studio, questi non potranno che essere cittadini del Paese contro cui il ricorso è presentato, laddove la regola attualmente in vigore vuole che salvo diversi accordi «I cittadini dei Membri i cui governi sono parti della controversia o terzi ai sensi della definizione dell'art. 10, paragrafo 2 non fanno parte del panel competente per quella controversia [...]»²⁴⁷.

VII.5 Sulla scorta delle indicazioni desumibili dal panorama delle istanze internazionali presso le quali i soggetti non statali si vedono garantito un *locus standi*, riteniamo che l'attribuzione di analoghi diritti presso l'Organizzazione Mondiale del Commercio non debba pregiudizialmente escludersi.

Anche in questa sede potrebbe essere sperimentata l'istituzione di *panel* dedicati alla soluzione delle controversie tra Stati e privati riguardo l'applicazione degli Accordi allegati, con la previsione di una fase di appello limitata a specifici motivi di impugnazione e l'espresso obbligo per le giurisdizioni nazionali di farne rispettare le decisioni.

Alla tutela così apprestata ovviamente non potrà possa garantirsi un accesso indiscriminato.

Ai fini della determinazione dei presupposti per la richiesta della costituzione del *panel* riteniamo opportuno che la composita gamma dei soggetti non statali vada distinta in due categorie.

²⁴⁷ *Intesa sulle norme e procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'ambito dell'accordo istitutivo dell'OMC*, art. 7.3

Nella prima categoria dovrebbero ricomprendersi gli operatori commerciali, tali essendo coloro che, in forma individuale o associata, agiscono nei mercati nell'esercizio della propria attività professionale e a scopo di lucro.

Il diritto ad attivare la procedura dovrebbe essere riconosciuto loro ogni volta che intendano lamentare un pregiudizio attuale subito a seguito dell'applicazione di misure nazionali in contrasto con le disposizioni del sistema commerciale multilaterale.

Riteniamo opportuno escludere, come già detto, che lo stesso debba avvenire quando il danno, ancorché imminente e potenzialmente grave, rivesta soltanto i caratteri della minaccia.

In questo caso, infatti, le pratiche commerciali di un Paese potrebbero essere sottoposte a controllo da pressochè tutti gli operatori commerciali che si trovino nella condizione di fare potenzialmente ingresso nel suo mercato nazionale.

Il secondo gruppo di legittimati ad attivare le procedure contenziose verrebbe a coincidere con quegli enti che, senza scopo di lucro, curano la promozione di interessi collettivi o diffusi.

Questi andrebbero selezionati sulla base di un criterio rappresentatività e meritevolezza dell'interesse rappresentato, verificandone altresì le regole statutarie per stabilire se la struttura consenta la democratica partecipazione degli associati.

Per ogni altro ente o individuo che non soddisfi i requisiti menzionati resterebbe impregiudicata l'opportunità di richiedere l'ingresso nella procedura in qualità di *amicus curiae*.

BIBLIOGRAFIA

Dizionari e Monografie

P. ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, Padova, 2002

J. BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1970

G.-Y. BERTIN, *Le multinazionali*, Bologna, 1997.

E. M. BORCHARD, *The Diplomatic Protection of Citizens Abroad*, New York, 1915

I. BROWNLIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, 2003

A.A. CANÇADO TRINDADE, *The application of the rule of exhaustion of local remedies in international law*, Cambridge, 1983

A. CASSESE, *Diritto internazionale*, Bologna, 2006

B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, 6° ed., Napoli, 2002

F. COPPOLA D'ANNA, *L'Organizzazione internazionale del commercio*, Roma, 1947

C. EAGLETON, *The Responsibility of States in International Law*, New York, 1928

F. FRANCONI, *Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, Milano, 1979

A.V. FREEMAN, *The International Responsibility of States For Denial of Justice*, Liège, 1938

G. HACKWORTH, *Digest of International Law*, 1940

T. E. HOLLAND, *Lectures on International law*, 1933

INTERNATIONAL ACADEMIC UNION, *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960

T. J. LAWRENCE, *The Principles of International Law*, 4th ed., 1910

A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996

P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, Padova, 2002

R. PISILLO MAZZESCHI, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani*, Torino, 2004

R. QUADRI, *Diritto internazionale pubblico*, Napoli, 1968

A. P. SERENI, *Diritto internazionale*, vol. II, 1, Milano, 1958

M. SLOTBOOM, *A Comparison of Wto and EC Law: Do Different Objects and Purposes Matter for Treaty Interpretation?*, Brussel, 2005.

G. STROZZI, *Interessi statali e interessi privati nell'ordinamento internazionale*, Milano, 1977

G. STROZZI, *Il diritto dei trattati*, Torino, 1999

G. STROZZI, *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2001

L. C. UBERTAZZI, *L'espropriazione di compagnie commerciali straniere nel diritto internazionale pubblico*, Milano, 1948

E. DE VATTEL, *The Law of Nations or Principles of the Law of Nature*, Philadelphia, 1883

C. WILCOX, *A Charter for World Trade*, New York, 1949 (ristampa 1972)

Articoli e voci enciclopediche

D. ACHESON, *Economic Policy and the ITO Charter*, in *U.S. Department of State Bulletin XX*, Washington, 1949

R. AGO, *La regola del previo esaurimento dei ricorsi interni in tema di responsabilità internazionale*, in *Archivio di diritto pubblico*, vol. 3, No. 2, May-August 1938, pag. 223 ss.

P. ALSTON, *Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law*, in *European Journal of International Law*, 2002, pag. 815 ss.

A. E. APPLETON, *Shrimp / Turtle: Untangling the Nets*, in *Journal of International Economic Law*, 2 (1999), pag. 477 e ss.

A. E. APPLETON, *Amicus Curiae Submissions in the Carbon Steel case: another rabbit from the Appellate Body's hat?*, in *Journal of International Economic Law*, 2000, pag. 691 ss.

V. BAZAN, *El amicus curiae en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino*, in *Cuestiones Constitucionales*, 12 (2005), pag. 29 e ss.

J. O. BERKEY, *European Court of Justice and Direct Effect for the GATT: A Question Worth Revisiting*, in *European Journal of Int. Law*, 1996, p. 626 ss.

A. BOGDANDY, *Legal Effects of World Trade Organization Decisions Within European Union Law: A Contribution to the Theory of the Legal Acts of International Organizations and the Action for Damages Under Article 288(2) EC*, in *Journal of World Trade*, 39, 1, 2005, pag. 45 ss.

J. H. J. BOURGEOIS, *EC Rules Against "Illicit Trade Practices" – Policy Cosmetics or International Law Enforcements*, in B. E. HAWK (ED.), *1988 Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute: European/American Antitrust and Trade Law*, 6-1, 6-21.

R. A. BRAND, *Sovereignty: The State, The Individual, and the International Legal System in the Twenty First Century*, in *Hastings International & Comparative Law Review*, vol. 25, pag. 279 e ss.

M. BRONCKERS, N. MCNELIS, *The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age*, in *Journal of World Trade*, 2001, pag. 57 ss.

G. BRONZ, *The International Trade Organization*, in *Harvard Law Review*, 1949, pag. 1089 ss.

S. CHARNOVITZ, *The WTO and the Rights of the Individual*, in *Intereconomics*, 36 (2001), pag. 98 ss.

L. CONDORELLI, *L' évolution du champ d'application de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS, *La protection diplomatique*, Bruxelles, 2003, pag. 3 ss.

J. M. CORTÉS MARTÍN, *The European Community Trade Barriers Regulation: Private Party Involvement in International Procedures Regarding Unfair Trade Practices*, in *Texas Technology Law Review*, 35 (2004), pag. 269 ss.

T. COTTIER, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, in *Common Market Law Review*, 1998, pag. 325.

D. CURTIN, *The decentralized Enforcement of Community Law and National Law*, in *Essays for Hon. Mr. Justice T. F. O' Higgins* (1992), 40

D. DE MEY, *The Effect of WTO Dispute Settlement Rulings in the EC Legal Order: Reviewing Van Parys v. Belgische Interventie – en Restitutiebureau (C-377/02)*, in *German Law Journal*, vol. 6 (2005), 6, pag. 1025 ss.

R. DENTON, *The New Commercial Policy Instrument and Akzo v. DuPont*, in *European Law Review*, 13 (1988), pagg. 3 ss.

A. DESMEDT, *European Court of Justice on the Effect of WTO Agreements in the EC Legal Order*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2000, pag. 93 ss.

M. D. DE VELASCO, *La protection diplomatique des sociétés et des actionnaires*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, 1974, II, pag. 122ss.

C. DE VISSCHER, *Note sur la responsabilité internationale des Etats et la protection diplomatique, d'après quelques documents récents*, in *Revue de droit international et de législation comparée*, 1927, 245 ss.

F. DI GIANNI, R. ANTONINI, *DSB Decisions and Direct Effect of WTO Law: Should the EC Courts be More Flexible when the Flexibility of the WTO System has Come to an End?*, in *Journal of World Trade*, 40, 4, 2006, pag. 777 ss.

K. DOEHRING, *Local remedies, Exhaustion of*, in R. BERNHARDT (ED.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. III (1992), pag. 238 ss.

P. DUMBERRY, *L'entreprise sujet de droit international?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2004, 1, pagg. 104 e ss.

E. HERNANDEZ-LÓPEZ, *Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes*, in *Journal of World Trade*, 35 (2001), 3, pag. 469

J.-F. FLAUSS, *Vers un aggiornamento des conditions d'exercice de la protection diplomatique?*, in J.-F. FLAUSS (DIR.), *La protection diplomatique*, Bruxelles, 2003., p. 60

G. GAJA, *Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al "GATT 1994" gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pag. 407 ss.

G. GAJA, *Droits des États et droits des individus dans le cadre de la protection diplomatique*, in J.-F. FLAUSS (DIR.), *La protection diplomatique*, Bruxelles, 2003., p. 63 ss.

G. GATTINARA, *On Dice and Doors: WTO Dispute Settlement Decisions in the System of Judicial Protection of the European Union*, in A. DEL VECCHIO (ED.), *New International Tribunals and New International Proceedings*, Milano, 2006, pag. 233 ss.

W. K. GECK, *Diplomatic Protection*, in R. BERNHARDT (ED.), *Enciclopedia of Public International Law*, vol. I (1992), p. 1045ss.

S. GRILLER, *Enforcement and Implementation of WTO Law in the European Union*, in F. BREUSS, S. GRILLER, E. VRANES (EDS.), *The Banana Dispute. An Economic and Legal Analysis*, Vienna, 2003, pag. 247 ss.

E. HERNANDEZ-LÓPEZ, *Recent Trends and Perspectives for Non-State Actor Participation in World Trade Organization Disputes*, in *Journal of World Trade*, 35 (2001), 3, pag. 469 e ss.

S. HOBE, *Individuals and Groups as Global Actors: The Denationalization of International Transactions*, in R. HOFFMAN (ED.), N. GEISSLER (ASSISTANT ED.), *Non-State Actors as new Subjects of International Law*, Berlin, 1998, pag. 130).

P. H. KOOIJMANS, *Is the right to Diplomatic Protection a Human Right?*, in *Studi di Dir. Int.le in Onore di G. Arangio Ruiz*, 2004, 3, 1975 ss.

M. KRAJEWSKI, *Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law*, in *Journal of World Trade*, 35 (1), 2001, pag. 167 ss.

C. LAFER, U. LEANZA, A. LIGUSTRO, T. TREVES, *La soluzione delle controversie nell'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., p. 275 ss.

M. MACLEAN, *The European Community's Trade Barrier Regulation Takes Shape. Is It Living up to Expectations?*, in *Journal of World Trade*, 33 (1999), 6, pag. 69 ss.

G. MARCEAU, *Omc Dispute Settlement and Human Rights*, in *European Journal of International Law*, 2002, pag. 753 ss.;

A. MARCHISELLO, *L'efficacia diretta degli accordi internazionali della Comunità europea dopo la sentenza Kupferberg*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1984, pag. 259 ss.

L. MARINI, *La cittadinanza europea*, in G. DALLA TORRE, F. D'AGOSTINO (A CURA DI), *La cittadinanza. Problemi e dinamiche in una società pluralista*, Torino, 2000, pag. 26 ss.

P. C. MAVROIDIS, W. ZDOUC, *Legal Means to protect Private Parties Interests in the WTO. The Case of the EC Trade Barriers Regulation*, in *Journal of International Economic Law*, 1998, pag. 407 ss.

L. MAZEAUD, *De la nationalité des des sociétés*, in *Journal du droit international*, 1928, pag. 30 ss.

N. MCNELIS, *The European Union Trade Barriers Regulation: a More Effective Instrument*, in *Journal of International Economic Law*, 1 (1998), pag. 149 ss.

J. PAUWELYN, *The use of experts in WTO dispute settlement*, in *International Comparative Law Quarterly*, vol. 51, 2002, pag. 353

G. PERONI, *La tutela degli interessi privati nel sistema OMC ed il possibile concorso di giurisdizione con altri ordinamenti ad esso esterni*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2004, pag. 745.

P. PICONE, *Recensione a Francioni, Imprese multinazionali, protezione diplomatica e responsabilità internazionale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1981, pag. 499 ss.

C. PLAZA MARTIN, *Furthering the Effectiveness of the E. C. Directives and the Judicial Protection of Individual Rights Thereunder*, in *International Law Quarterly*, 1994, 26

P. PUSTORINO, *Recenti sviluppi in tema di protezione diplomatica*, in *Rivista italiana di diritto internazionale*, 2006, 1, pag. 80

K. RAUSTIALA, *Sovereignty and Multilateralism*, in *Chicago Journal of International Law*, Vol. 1, 2000, pag. 416.

F. REGALDO, *Il caso Faccini Dori: un' occasione perduta?*, in *Riv. civ.*, 1996, II, 65

J. ROBBINS, *False friends: amicus curiae and procedural discretion in WTO appeals under the Hot-rolled Lead / Asbestos doctrine*, in *Harvard International Law Journal*, 44 (2003), pag. 320.

C. ROMANELLI GRIMALDI, *Cittadinanza*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, VI, Roma, pag. 988 e ss.

G. M. RUOTOLO, *Organizzazione Mondiale del Commercio e Ordinamento Comunitario nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia: un nodo ancora irrisolto*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 2000, pag. 1009 e ss.

G. SACERDOTI, *Profili istituzionali dell'OMC e principi base degli accordi di settore*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione dell'Organizzazione Mondiale del Commercio*, cit., pag. 5.

I. SANDFORD, *The Importance of Transparency in WTO Dispute Settlement*, Presentation to Lowy Institute Conference on Enhancing Transparency in the Multilateral Trading System, Sydney – 4th of July 2007 (<http://www.worldservicesgroup.com/publications.asp?action=article&artid=2039>).

G. T. SCHLEYER, *Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims Before the WTO Dispute Settlement System*, in *Fordham Law Review*, 65 (1996 –1997), pagg. 2275 e ss.

C. U. SCHOUSBOE, *The concept of damage as an element of the non contractual liability of the European Community*, in *RETTID 2003/Studenterafhandling 3* (consultabile alla pagina web: <http://www.rettid.dk/artikler/2003.afh-3.pdf>).

A. SHAPOVALOV, *Should a requirement of “clean hands” be a prerequisite to the exercise of diplomatic protection?: Human rights implications of the*

International Law Commission's debate, in *American University International Law Review*, 20 (2005), 4, pag. 829 ss.

J. STEENBERGEN, *The New Commercial Policy Instrument*, in *Common Market law review*, 22 (1985), pag. 421 ss.

B. STERN, *The Intervention of Private Entities and States as "Friends of the Court" in WTO Dispute Settlement Proceedings*, in P. F. J. MACRORY, A. E. APPLETON, M. G. PLUMMER, *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, vol. 1, USA, pag. 1429 e ss.

A. TANCREDI, *EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'?*, in *European Journal of International Law*, 15 (2004), 5, pag. 933 e ss.

G. TESAURO, *Rapporti tra la Comunità Europea e l'OMC*, in *Diritto e organizzazione del commercio internazionale dopo la creazione della Organizzazione Mondiale del Commercio (Atti del II Convegno della Società Italiana di Diritto Internazionale, Milano, 5-7 giugno 1997)*, Napoli, 1998, p. 56 ss .

J. P. TRACHTMAN, *Bananas, Direct Effect and Compliance*, in *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), 4, 655 ss.

J. WAINCYMER, *Transparency of Dispute Settlement within the World Trade Organization*, in *Melbourne University Law Review*, 24 (3), 2000, pag. 797 ss.

M. K. YOUNG, *Dispute Resolution in the Uruguay Round: Lawyers Triumph over Diplomats*, in *International Lawyer*, 1995, pag. 386 e ss.

T. A. ZIMMERMAN, *WTO Dispute Settlement at Ten: Evolution, Experiences, and Evaluation*, in *Aussenwirtschaft – The Swiss Review of International Economic Relations*, vol. 60 (2005), I, p. 27 ss

G. A. ZONNEKEYN, *The Status of WTO Law in the EC Legal Order. The Final Curtain?*, in *Journal of World Trade*, 34 (3), 2000, pag. 121